. G.
3

J. publ. g.
593 in

Prehn

—101

D. Johann Jacob Prehn

von den

Austrägen

insbesondere

von dem

einem Kläger geringern Standes

vortheilhaftesten

Wege einen Fürsten

zu belangen.

Halle im Magdeburgischen,
in der Rengerischen Buchhandlung, 1779.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Hochwol- und Wolgeborne,

Höchst- und Hochgeehrteste Herren,

Seit der Zeit, da ich nebst andern Theilen der Rechtsgelehrsamkeit auch das Staats-Recht auf hiesiger Universität dociret, habe ich meine Nebenstunden vornemlich dieser Wissenschaft gewidmet.

Da ich nun bemerket, daß die Lehre von den Austrägen insbesondere in Ansehung der, einem Kläger geringern Standes gegen

 einen

einen Fürsten unter den verschiedenen Wegen, zustehenden Wahl noch nicht hinlänglich bearbeitet worden, so habe ich es gewaget, hierüber meine Gedanken öffentlich zu äussern.

Es würde überaus schmeichelhaft für mich seyn, wenn diese meine geringe Arbeit **Ew. Hochwol- und Wolgeboren** Beyfall zu erhalten das Glück hätte. Wenigstens hoffe ich, daß es als ein Zeichen meiner vollkommensten Hochachtung und Ergebenheit angesehen werden wird, wenn ich mir die Freiheit nehme, selbige **Einem Löblichen Engern-Ausschuß** gehorsamst zuzueignen.

Ew. Hochwol- und Wolgeboren empfehle ich mich zur beständigen Gewogenheit und bekenne mich mit größter Verehrung

Ew. Hochwol- und Wolgebornen

Meiner Höchst- und Hochzuverehrenden Herren

Rostock, den 7ten April
1779.

gehorsamstergebenster Diener
Johann Jacob Prehn.

Inhalt

Denen

Hochwol- und Wolgebornen

zum

Löblichen

Engern-Ausschuß

von Ritter- und Landschaft

der Herzogthümer Mecklenburg

wolverordneten Herren

Herren Landräthen

und

Herren Deputirten

Meinen Höchst- und Hochgeehrtesten

Herren.

Inhalt.

Einleitung.

§. 1. Die Austräge sind äußerst selten. §. 2. 3. Ursachen dieser Seltenheit. §. 4. Sie sind aber dennoch [illegible] Sache nicht [illegible] Veranlassung gegenwärtiger Abhandlung. §. 5. 6. 7. Verzeichniß der bisher gedruckten Schriften.

Erster Abschnitt

von

den Austrägen überhaupt.

§. 8. Allgemeine Bemerkung von der alten Teutschen Gerichtsverfassung. §. 9. 10. Die Befehdungen werden abgestellt, und das Recht durch die Waffen entschieden. §. 11. Spuren der Austräge vor Errichtung des Kammergerichts. §. 12. Die Stände bringen Privilegien auf Abschaffung eines beständigen wohlbestellten Reichsgerichts, §. 13. welches endlich unter Kayser Maximilian I zu Stande kömt. §. 14. Die Austräge werden jedoch durch das Reichs-Cammer-Gericht nicht abgeschaft, sondern bestätiget, und nur etwas eingeschränkt. §. 15. Definition der Austräge. §. 16. Wer kann das Recht der Austräge [illegible] §. 17. Die Austrägalrecht [illegible] sich nur den Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßigen [illegible] — Bestimmung des Worts [illegible] §. 18. Das Austrägalrecht ist eine persönliche, und kann dem Capitel bey einer Sedisvacanz so wenig, §. 19. als dem Corpori equestri und Reichsstädten zu — [illegible] dictum Capitulum [illegible] ist von den Austrägen ausgeschlossen. §. 20. Eintheilung der Austräge. §. 21. Die Conventionalaustrege müssen immer aus der Convention selbst [illegible] wenigstens [illegible] werden. — Sie bedürfen aber keiner kaiserlichen Confirmation. §. 22. Schon in der Mainzischen Churverein von 1338. findet man ein Beyspiel Churfürstlicher

Bayerische Staatsbibliothek München

Inhalt.

Einleitung.

§. 1. Die Austräge sind äusserst selten. §. 2. 3. Ursachen dieser Seltenheit. §. 4. Sie sind aber deswegen heutiges Tages nicht abgeschaft. §. 5. Veranlaßung gegenwärtiger Abhandlung. §. 6. 7. Verzeichniß der hieher gehörigen Schriften.

Erster Abschnitt, von den Austrägen überhaupt.

§. 8. Allgemeine Bemerkung von der alten Teutschen Gerichtsverfassung. §. 9. 10. Die Befehdungen werden allgemein, und das Recht durch die Waffen entschieden. §. 11. Spuren der Austräge vor Errichtung des Reichs-Cammer-Gerichts. §. 12. Die Stände dringen vergeblich auf Anordnung eines beständigen wohlbestellten Reichsgerichts, §. 13. welches endlich unter Kayser Maximilian I. zu Stande kömt. §. 14. Die Austräge werden jedoch durch das Reichs-Cammer-Gericht nicht abgeschaft, sondern bestätiget, und nur etwas eingeschränkt. §. 15. Definition der Austräge. §. 16. Wem komt das Recht der Austräge zu? §. 17. Das Austrägalrecht ward anfänglich nur den Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßigen versichert — Bestimmung des Worts Fürstenmäßige. §. 18. Das Austrägalrecht ist blos persönlich, und kömt dem Capitel bey einer Sedisvacanz so wenig, §. 19. als dem Corpori equestri und Reichsstädten zu — das Judicium Ciuitatum Imperii ist von den Austrägen unterschieden. §. 20. Eintheilung der Austräge. §. 21. Die Conventionalausträge müssen immer aus der Convention selbst und secundum mentem transigentium interpretiret werden — Sie bedürfen aber keiner Kayserlichen Confirmation. §. 22. Schon in der Rensischen Churverein von 1338. findet man ein Beyspiel Churfürstlicher

a 5 gewill-

gewillkührter Austräge. §. 23. Von der Bestellung der Austräge überhaupt — Beyläufig von den Herzoglich-Mecklenburgischen Hausausträgen. §. 24. Insbesondere I) der Chur und Fürsten unter sich. Der Beklagte muß schriftlich über die Austräge requiriret werden. §. 25. Wie das Requisitionsschreiben einzurichten, und was in Absicht der Insinuation zu merken. §. 26. 27. Vier Wochen nach geschehener Requisition muß der Beklagte vier regierende Chur- oder Fürsten vorschlagen, §. 28. woraus der Kläger einen zum Richter erwählt. §. 29. Dieser muß als Kayserlicher Commißarius dies Geschäft übernehmen — Daß die vier Fürsten dem Kläger nicht über zwölf Meilen entsessen seyn sollen, ist nicht in der Cammer-Gerichts-Ordnung verordnet, sondern durch die Observanz eingeführet. §. 30. Wie wird's gehalten, wenn der erwählte Fürst vor geendigter Sache abgehet? §. 31. II) der Prälaten, Grafen und Herren gegen Fürstliche Kläger. — Nur erst 1521. haben sie das Austrägalrecht erhalten. §. 32. 33. Beweis, daß sie nur erst im gedachten Jahr die gesetzlichen Austräge bekommen. §. 34. Der Kläger hat zween Wege, worunter er wählen kann — Unterschied dieser beyden Wege in Ansehung der zwölf Meilen, wird angegeben. §. 35. Der erste Weg der Kayserlichen Commission muß mit der allgemeinen allen Austrägen insgesamt ertheilten Commißion nicht verwechselt werden. §. 36. Die Stelle der Cammer-Gerichts-Ordnung von 1555. P. II. T. III. so soll vor demselben laut der Ordnung wie hernach stehet — — — procediret werden, wird richtig erkläret. §. 37. Alles, was in Absicht der Fürstlichen Austräge vorgeschrieben worden, findet auch hier seine Anwendung. §. 38. III) Von den Austrägen der Prälaten, Grafen rc. unter sich. §. 39. Sie haben aber das Austrägalrecht nicht gegen mittelbare Kläger, §. 40. und auch nicht gegen alle unmittelbare, sondern nur gegen ihres Gleichen, oder gegen einen, dem gleichfalls das Austrägalrecht zukömt. §. 41. Hat dann ein Unmittelbarer von Adel, der in eines andern Herrn Dien-

Diensten stehet, oder dessen Gerichtsbarkeit unterworfen ist, das Recht der Austräge? §. 42. IV) Von den Austrägen der Fürsten gegen Kläger, die nicht Fürsten sind. — Es sind dem Kläger acht Wege eingeräumet, die Fürsten zu belangen. §. 43. Diese acht Wege lassen sich auf drey Hauptgattungen reduciren. §. 44. Dem Kläger gebühret die Wahl. §. 45. Auch in Ansehung der Bürger, Bauern, und eignen Unterthanen, haben die Fürsten das Recht der Austräge. §. 46. Die Austräge müssen kluge, redliche und der Rechten kundige Männer seyn. §. 47. Vom ersten Wege vor Neun Räthe, worunter wenigstens fünf von Adel seyn müssen — Ob hierunter blos Ritterbürtige zu verstehen? §. 48. Der Kläger muß den Beklagten gehörig requiriren, und dieser jenem innerhalb Monathsfrist neun Räthe ernennen, und niedersetzen. §. 49. Welche Räthe nicht zu Austrägen bestellet werden können. §. 50. Sie müssen gehörig beeidiget werden. §. 51. Der Beklagte muß dem Kläger ein sicher Geleit geben. §. 52. Der Fürst muß seine Räthe verlegen. §. 53. Der achte Weg besteht auch aus neun Räthen — worin er vom ersten unterschieden ist, §. 54. vom zweyten §. 55. und siebenten Wege. §. 56. Die gesetzliche Vorschrift des ersten Weges muß auch hier angewandt werden. §. 57. Weit anständiger und unpartheyischer sind die Wege, da der Kläger auch Räthe niedersetzt. §. 58. vom fünften und §. 59. vom sechsten Wege. §. 60. Eine jede Parthey muß ihre Räthe besolden. §. 61. Vom dritten Wege. §. 62. Was bey Vorschlagung der drey Fürsten zu beobachten, und was hiebey dem Fürsten nach dem R. D. A. von 1600. §. 25. nachgelassen worden. §. 63. Ob diese Disposition auch in Absicht der Prälaten und Grafen statt finde? §. 64. Beym vierten Wege wird ein unpartheyischer Commißarius vom Kayser erbeten — Freyherren können nicht zu Commissarien bestellet werden. Sie müssen wenigstens Prälaten oder Grafen seyn. §. 65. der Kayser darf nicht blos einen, sondern kann mehrere zu Commißarien bestellen. — Bey einer Reichsvacanz geschiehet es von den

Reichsvicarien. §. 66. Unterschied der Kayserlichen Hof- oder Untersuchungs- und der Austrägal-Commißionen. §. 67. In Streitigkeiten verschiedener Religionsverwandten muß auch bey Austrägalcommißionen eine vollkommene Religionsgleichheit beobachtet werden.

Zweyter Abschnitt,
von
dem gerichtlichen Verfahren in der Austrägalinstanz.

§. 68. Vom Austrägalproceß überhaupt. §. 69. Er richtet sich nach den Regeln des gemeinen Processes. §. 70. Alles wird schriftlich verhandelt. §. 71. Hiezu wird einer jeden Parthey eine vierwöchige Frist eingeräumet — Vom Ungehorsam der Partheyen §. 72. 73. Was in Absicht des Zeugenverhörs zu merken? §. 74. Von Verschickung der Acten überhaupt. §. 75. Insbesondere im Austrägalproceß. §. 76. Nach der C. G. O. soll zwar die Austrägalinstanz in einem halben Jahr oder höchstens Jahr und Tag geendiget seyn, allein in Praxi wird hierauf nicht weiter geachtet. §. 77. Ob die Austräge ihre Urteln vollstrecken können? §. 78. Beweis, daß ihnen dieses Recht nicht zukomme §. 79. Die Gründe der Rechtslehrer, welche ihnen solches zueignen, werden angegeben, §. 80. und widerleget, §. 81. auch durch ältere, gleichzeitige und neuere Reichsgesetze bestärket. §. 82. In welchen Fällen die Reconvention statt habe, oder nicht. §. 83. Von den Austrägalerkenntnissen steht der Weg an die Reichsgerichte offen.

Dritter Abschnitt,
von
dem Verhältniß der acht Wege unter sich.

§. 84. Einleitung. §. 85. Die Vortheile des Klägers, wann er den beklagten Fürsten vor seinen eigenen Räthen zu

Recht fordert, werden angegeben, §. 86. und die Unbequemlichkeiten, so damit verknüpft sind, angeführet. §. 87. Daß diese Wege einem Kläger nicht nicht vortheilhaft seyn, wird gegen ESTOR gezeiget, und dessen Meynung gründlich widerleget. §. 88. In wie ferne der zweyte und siebente Weg dem ersten und achten Wege vorzuziehen sey? §. 89. Vortheilhafter ist der fünfte Weg. §. 90. Aber nicht ganz ohne Schwierigkeit. §. 91. Der sechste Weg wird also wohl für den Kläger der zuträglichste seyn. §. 92. Oder hat er auch seine Bedenklichkeiten? §. 93. Von den Vorzügen des dritten Weges, §. 94. und den Gründen, warum selbiger einem Kläger nicht anzurathen. §. 95. Die Vortheile des vierten Weges werden mit den Beschwerlichkeiten desselben verglichen. §. 96. Der vierte und sechste Weg verdienen vorzüglich dem Kläger empfohlen zu werden. §. 97. Besonders aber der sechste Weg. §. 98. Die dagegen (§. 92.) gemachte Einwürfe werden beantwortet §. 99. und die Vorzüge des sechsten Weges vor dem vierten richtig bestimmet.

Vierter Abschnitt,

von

den Fällen, worinn die Austräge nicht statt haben.

§. 100. 101. Nähere Bestimmung des Gegenstandes dieses vierten Abschnitts. §. 102. Von dem Priuilegio miserabilium personarum ihre Klagen gleich bey dem höchsten Gerichte anzubringen. §. 103. Wie der Beklagte durch seine eigene Handlung das Austrägalrecht verlieren könne. §. 104. In welchen Fällen überhaupt wegen Beschaffenheit der Sache selbst die Austräge ceßiren. Dies geschieht §. 105. a) in den Fiskalischen Sachen, §. 106. b) in Sachen eine streitige Poßeßion betreffend. §. 107. Nicht aber in allen Sachen, wo vom Besitz die Rede ist, §. 108. sondern nur allein in

dem Fall, wann mehrere zugleich den Besitz behaupten wollen, §. 109. die alle unmittelbar sind — Metus armorum muß vorhanden seyn, und bescheinigt werden. §. 110. Von dem Fall, wenn beyde unmittelbare Partheyen schon im Begriff sind, zu Thätlichkeiten zu schreiten. §. 111. Wann Mittelbare über den Besitz eines Guths oder Rechts streiten, das unter verschiedener Herrschaft Jurisdiction sich befindet. §. 112. Wann haben die Austräge statt? §. 113. Die Fälle wegen des streitigen Besitzes sind äusserst selten. §. 114. Nicht weniger die übrigen Fälle, worinnen vermöge besonderer Reichsconstitutionen die Austräge nicht statt finden. §. 115. Weit häufiger sind die Fälle, da wegen der Mandaten ohne Clausel die Austräge vorbey gegangen werden. §. 116. Von den Fällen, worinnen Mandata S. C. statt haben. §. 117. 118. Diejenigen Regeln werden angegeben, welche bey Erlassung der Mandate ohne Clausul zu beobachten sind. §. 119. Von den gewöhnlichen Kunstgriffen der Advocaten, die Austräge zu übergehen. §. 120. a) ex capite continentiae causae et connexitatis causarum. §. 121. b) Durch Appellationen an die höchsten Reichsgerichte von Rescripten, so ein Fürst, als Landesherr, und nicht als Richter erlassen, §. 122. c) oder da man sucht eine jede Sache auf die vier Fälle, worinnen Mandate ohne Clausel erlassen werden können, zu qualificiren.

Einleitung.

§. 1.

Die Austräge scheinen heutiges Tages ganz aus der Mode gekommen zu seyn, und nur noch zu denjenigen Teutschen Alterthümern zu gehören, welche weiter keinen practischen Nutzen haben, als daß allein der Gelehrte von Profeßion sich eine Kenntniß derselben erwerben muß, um die veralteten Teutschen Gesetze, worin ihrer erwähnet wird, erklären zu können. Wenigstens bezeugen fast alle Staatsrechtslehrer, und welche vom Reichsproceß geschrieben haben; daß die Austräge äusserst selten vorkommen, und daß noch weit seltener eine Sache durch die Austräge würklich entschieden worden. Ja! was noch mehr ist; so sind nicht erst in den neuern Zeiten die Austräge so selten geworden, sondern schon zu Anfange des sechzehnten Jahrhunderts verliehrt sich der häufige Gebrauch derselben. Der vormalige Cammergerichtsbeysitzer Caspar

 Koch

Koch 1), der selbst mit bey Verfertigung der C. G. O. auf dem Reichstage zu Augspurg 1548. gegenwärtig gewesen, versichert, von einem lange vor ihm gewesenen Assessor beym Cammergericht gehöret zu haben; daß seines Wissens ausser einer einzigen Sache, niemals eine von den Austrägen entschieden, und ans Cammergericht devolvirt worden.

1) in Comment. ad O. C. P. II. T. IV. §. 3. in IO. DECKHERRI monum. lect. camer. antiquae pag. 95. conf. GE. MELCH. de LVDOLFF in Syst. iur. cam. p. 28.

§. 2.

Forscht man nach den Ursachen dieser Seltenheit; so lassen sich hievon verschiedene anführen. Eine der hauptsächlichsten aber bleibt es allemal, daß man dem Kläger so viele Hindernisse in den Weg gelegt, und es ihm so schwer gemacht, vor den Austrägen zu seinem Recht zu gelangen, daß es gar kein Wunder ist, wenn er lieber in Gedult Unrecht leiden, als sich mit so grossen Kosten und Ungemächlichkeiten sein Recht erkaufen will. Denn er befürchtet, und vielleicht nicht ohne Grund, bey solchen Richtern wenig oder gar kein Recht zu bekommen. Ein jeder scheuet sich daher, seine Sache bey den Austrägen anzubringen, weil er sie schon verlohren hält 1), so bald sich der andere auf die Austräge beruft. Man kann diese Furcht unmöglich ganz ungegründet nennen, da selbst Stände des Reichs dieses anerkannt, und zum Theil auf die gänzliche

Abschaf-

Abschaffung derselben 2) gedrungen oder doch wenigstens solche zweckmäßiger einzurichten 3), vorgeschlagen haben.

1) LVDOLFF l. c. p. 81. schreibt davon also: Experientia teste plerumque inseruit Austraegarum exceptio non tam maturationi iustitiae in foro primae instantiae, quam *ei fini*, *vt actor per infinitas moras cum sua actione remitti possit ad calendas Graecas.*

2) CASP. KOCH l. c. §. 2. apud *Deckh.* l. c. Cum ego Casparus Koch, sagt er: in Comitiis Augustanis Anno 1548. essem, vidi: vbi *omnes Praelati et Comites volebant renunciare primae instantiae*, *videntes hoc priuilegium iniquum esse*, ita quod nemo polliceri posset, se vnquam contra aduersarium quicquam, mediante hac instantia, impetrare posse: Orantes interim enixe Imperatorem, vt is ageret apud principes, quo illi quoque huic *pernitioso* iuri et priuilegio renunciarent.

3) S. *von* MEYERN Acta Comit. Ratisb. P. II. L. XIII. §. 1. p. 484., woselbst der Sachsenweimarsche Gesandte sehr rühmlich anträgt: Man gebe auch überdies zu bedenken anheim, wie solcher (Austrägen) Proceß dermaleins zu beschleunigen, alle bis anhero verspürte Weitläuftigkeiten zu vermeiden, und die dabey so hoch anlaufende Unkosten practicirlichen Dingen nach abzuschneiden.

§. 3.

Allein diese mit den Austrägen überhaupt verknüpfte Unbequemlichkeiten sind doch nicht die einzigen Ursachen, daß selbige nicht so häufig im Gebrauch sind. Gemeiniglich sind die Sachen an und für sich so beschaffen, daß solche nicht vor die Austräge gehören, sondern gleich bey den höchsten Reichsgerichten angebracht werden können. Denn

daß es dergleichen Fälle gebe, in welchen die Austräge ceßiren, wird so leicht niemand leugnen, wenn er nicht im Staatsrechts- und Reichsproceß ganz ein Fremdling ist. Und da die Zahl dieser privilegirten Sachen selbst oft vergrössert wird; so ist auch dies ein Grund, warum man so wenig von Austrägen höret.

§. 4.

Nichts destoweniger aber sind die Austräge noch heutiges Tages im völligen Gebrauch, und es fehlt gewiß nicht an Beyspielen 1), wo in den neuern Zeiten die Partheyen von den Reichsgerichten an die Austräge verwiesen sind. Diese sind von jeher von den Fürsten und Ständen des Reichs als ihr gröstes Kleinod betrachtet worden, für dessen Conservation sie bey aller Gelegenheit eifrig besorgt gewesen. Es gehören also die Austräge keinesweges zu denjenigen Teutschen Alterthümern, die gar keinen Nutzen mehr haben, sondern sie sind vielmehr die ordentliche durch Gesetze 2) bestätigte erste Instanz der Fürsten und anderer unmittelbaren Glieder des Reichs. Und gesetzt, daß dieses Privilegium von einigen gemißbraucht, und zuweilen zur Verschleppung und Aufenthalt der Sache vorgeschützt würde; so wäre es doch unbillig, wenn die Reichsstände und andere unmittelbare Personen, denen dieses Recht zukömt, wegen des etwanigen Mißbrauchs, ihrer Austrägalinstanz beraubt werden solten. Das ist freylich nicht zu läugnen; daß es sehr heilsam seyn würde, wenn durch Gesetze diesem

sem Mißbrauch ernstlich gesteuret, und auf die genaue Beobachtung derselben nachdrücklich gehalten würde. Aber das glaube ich auch, daß sehr oft der Kläger sich ohne alle Ursache für die Austräge fürchtet, und daß nicht selten seine Furcht aus seiner Unwissenheit entspringet, indem er sich ganz falsche und irrige Begriffe von den Austrägen macht. Bey einem solchen Kläger darf der beklagte Fürst nur der Austräge erwähnen, gleich überfällt ihn ein panisches Schrecken, und er steht entweder sofort von seiner Forderung ab, oder er sucht auch durch allerley Wendungen der Sache eine solche Gestalt zu geben, daß sie zu derjenigen Gattung gehöre, worin die Austräge ceßiren, und die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte gleich in erster Instanz begründet ist. Von den gewöhnlichen Kunstgriffen, zu welchem man alsdann seine Zuflucht nimt, werde ich am Schlusse noch einige nahmhaft machen.

1) Eines der neuesten Beyspiele von würklich zu Stande gekommenen Austrägen ist die Sache wegen Einlösung der Herrschaft Itter zwischen dem Churfürsten von Maynz und dem Landgrafen von Hessendarmstadt, worin der Herzog zu Sachsengotha als Austrägalrichter erkohren ward. Conf. IO. HEINRICH FRECH Gedanken von den Austrägen Höxter 1769. f.

2) Die Gesetze, welche das Recht der Austräge bestimmen und den Ständen dasselbe versichern, sind vorzüglich die C. G. O. Th. II. Tit. 2. 3. 4. 5. der Westph. Friede art. V. §. 56. R. H. R. O. Tit. II. §. 2. R. A. von 1654. §. 168. Visitat. Absch. von 1713. §. 9. Neueste Wahlcapitul. Kayser IOSEPHS II. art. XVIII. §. 4.

§. 5.

Ist nun der practische Nutzen der Lehre von den Austrägen keinem Zweifel unterworfen; so darf ich mich auch darüber nicht rechtfertigen, daß ich eine Materie gewählet, welche nicht brauchbar wäre. Ein jeder, der in den Streitigkeiten der Fürsten und anderer unmittelbaren Reichsglieder unter sich, oder der Unterthanen gegen ihren Landesherrn zu arbeiten oder zu rathen Gelegenheit gehabt, wird es wissen, daß nichts häufiger sey, als die Berufung auf die Austräge. Es fehlt zwar in diesem Fache nicht an Schriften 1), sondern es ist die Lehre von den Austrägen von so geschickten und einsichtsvollen Männern gründlich und gelehrt abgehandelt, daß eine weitere Ausarbeitung überflüßig scheint. Allein nicht zu gedenken, daß die mehresten dieser Schriften, ja ich kann wohl sagen, alle, einige Deductiones ausgenommen, in Dissertationen bestehen, welche selten ausser dem Ort, wo sie gehalten werden, zu haben, wenigstens hiesigen Orts sehr rar geworden sind, so hat doch kein einziger, so viel ich weiß, bis jetzt insbesondere gezeiget, welcher von den acht der Wahl des Klägers überlassenen Wegen, einen Fürsten und Fürstmäßigen zu belangen, dem Kläger der vortheilhafteste sey. Ich habe es daher zum Hauptzweck meiner gegenwärtigen Abhandlung gemacht, die Vortheile und Unbequemlichkeiten, welche mit einem jeden dieser acht Wege unzertrennlich verbunden sind,

sind, genau anzugeben, weil dies das sicherste Mittel ist, zu bestimmen, welcher den übrigen vorzuziehen, und dem Kläger hauptsächlich anzurathen sey. Habe ich gleich nichts neues sagen können; so schmeichle ich mir doch, keine ganz vergebliche Arbeit übernommen zu haben.

1) Gemeiniglich beruft man sich, wenn von den Vorzügen dieser acht Wege die Rede ist, auf IOH. GE. ESTORS Prog. von der Nothwendigkeit die Reichsgerichtspraxin auf Universitäten zu lehren. Allein was derselbe S. 33. und was andere Gelehrte beyläufig in ihren Schriften anführen, ist zu kurz, und zu unbestimmt, als daß es hier in Betracht kommen könnte.

§. 6.

Der vormalige Giessensche Rechtslehrer **Gottlob August Jenichen**, hat zwar bereits mit vielem Fleiß und Ordnung ein ziemlich vollständiges Verzeichniß von den hieher gehörigen Schriften geliefert. Allein da nicht nur verschiedene von ihm anzuführen vergessen, sondern auch die Anzahl derselben nachher sehr vermehret worden; so glaube ich, dem Leser keinen unangenehmen Dienst zu leisten, wenn ich hieselbst alle die Schriftsteller nahmhaft mache, welche von Austrägen gehandelt haben.

Es sind in Chronologischer Ordnung folgende.

1) QVIR. CVBACH de commissariis Ordinationis seu priuilegiata Procerum instantia, vel Iudicibus Austraegarum. Diese Abhandlung befindet sich in des vormaligen Jenaischen Professors DO-

MINICI ARUMAEI Discurs. academ. de Iure publ. (Ien. 1616-1623.) Vol. IV. Discurs. 36. p. 128 sequ.

2) PET. THEODORICI diss. quaestionum de S.R.I. Austraegis centuria. Ien. 1615.

3) FRIED. LENTII diss. de priuilegiatis immediatorum S. R. I. procerum instantiis, vulgo die Austräg. Basil. 1615. in Dissert. Basiliens. Vol. III. n. 2.

4) GE. SCHUBHARD diss. de Austraegis S. R. I. Basil. 1619. Sie ist nachher in Form eines Tractats von dem Sachsencoburgischen Rath und Professor IOSUAS MAIUS wieder herausgegeben, Coburg 1631. 8. und aufs neue zu Wetzlar 1754. 4. mit einer Vorrede Gottl. Aug. Jenichen von Niclas Lud. Winkler.

5) IO. STUCK dissert. de iure Austraegarum Helmst. 1621.

6) HELFR. ULR. HUNNII diss. de iudicibus Austraegarum s. priuileg. instantiar. statuum S.R.I. eorundemque ictione. Giess. 1618.

7) CAR. FRANKENGREINER diss. de Austraegis seu priuilegiatis instantiis Ordinum S.R.G. I. Basil. 1622. in dissert. Basiliens. Vol. VI.

8) GE. ANDR. MAYER diss. de Caesaris, camerae Rothwilensis, iudicum Austraegarum etc. iurisdictione. Erford. 1630.

9) NIC. SCHÜTZ dissert. de Austraegis. Rostoch. 1636.

10) CONR. SCHNELLE dissert. de Austraegis s. priuilegiat. procerum S. R. I. instantii . Marb. 1636.

11) DAV. PESTEL diss. de iudiciis Austraegarum. Rintel. 1653.

12) CAR. MIEG diss. de priuilegiis primae instantiae. Basil. 1656.

13) HENR. KAHNE dissert. de Austraegis. Rostoch. 1657.

14) IO. REBHAN diss. de instantia procerum S. R. I. prima. Arg. 1657.

15) IO. VOLKM. BECHMANN diss. de Austraegis Ien. 1660.

16) ENOCH GLAESER diss. de foro priuilegiato. Helmst. 1660.

17) SAM. STRYCK diss. de foro Austraegarum. Frcf. ad Viadr. 1668.

18) EIVSD. de processu Austraegarum. ib. eod.

19) IO. STRAVCH diss. de Austraegis, siue priuilegiatis S. R. I. Procerum instantiis. Ien. 1671. und in seinen Opusculis iurid. histor. philol. Parte 4. num. I.

20) HENR. COCCEII diss. de Austraegis. Heidelb. 1673. und in seinen Exercitationibus curios. etc. Vol. I. n. 48.

21) IOACH. NERGER de arbitris compromissariis et iudicibus austraegaticis. Witt. 1676.

22) IO. GRAV diss. de Austraegis. Tub. 1678.

23) IO. STEPH. SCHLANHOV diss. de Austraegis. Giess. 1684.

24) IO. SEBAST. GAMBS diſſ. de tribus priuilegiis reipubl. Argentor. conceſſis, de non appellando, de non euocando, et de Auſtraegis. Arg. 1688.

25) CHR. HENR. TEXTOR diſſ. de foro Auſtraegali. Gieſſ. 1692.

26) IO. GVIL. *Com. de* WVRMBRAND diſſ. de foro principum imperii. Trai. ad Rhen. 1692.

27) HENR. COCCEII diſſert. de notione et executione Auſtraegarum. Frcf. 1699. wie auch in deſſen Exercitationum curioſarum etc. Vol. 2. n. 12.

28) H. WEGHORST diſſ. de Auſtraegis ordinationis in Germania vſitatis. Hafn. 1719.

29) IO. WILH. WALDSCHMIDT diſſert. de S. R. G. I. comitum Auſtraegis. Marb. 1716. und in LVENIGS Theſ. iuris der Grafen pag. 764 ſeqq.

30) CHR. HENR. HILLER diſſert. de liberarum S. R. I. ciuitatum iudicio amicabili. Tub. 1719. welche auch in MOSERS Synt. diſſ. iur. publ. befindlich iſt.

31) IO. FRID. HOFFMANN modus et norma inſtituendi et proſequendi proceſſum Auſtraegalem. Wezl. 1720. 4.

32) IO. CHR. SCHROETER diſſ. de Auſtraegis conuentionalibus domus Saxonicae. Ien. 1720.

33) GE. CHR. HARTMANN comment. de iure Auſtraegarum legalium reipubl. Goslarienſi competente. Gosl. 1721. 4.

34) GE. CHR. HVLS *de* RATSBERG diſſ. de Auſtraegis reipubl. Norimbergenſis. Alt. 1722.

35) MICH.

35) MICH. GRASS diſſ. *collationis Iur. Rom. cum receſſ. et ordinat. S. R. I. Pars II. Sect. I.* de electione et competentia iudicis, in ſpecie Auſtraegalis. Tub. 1722.

36) IO. CONR. LANGEN breue ſyſtema iudicis arbitralis et auſtraegalis ſiue elucubratio inauguralis de Arbitris et Auſtraegis. Herbipol. 1722.

37) IO. IAC. DORNFELD diſſert. de arbitris. Lipſ. 1724.

38) WOLFG. ADAM SCHOEPF diſſ. de Auſtraegis neceſſariis cumprimis Auſtraegis conuentionalibus ac teſtamentariis Germaniae, gewillführten Stamm- und Erbaustragsrichtern. Tub. 1724. und in MOSERS Syntagmate diſſert. iuris publici. num. 25.

39) ELIAS FR. HEITMANN diſſ. de Auſtraegis conuentionalibus ganerbiorum nobilitatis immediatae. Erf. 1728. wie auch in ESTORS kleinen Schriften Tom. 2. p. 656 ſeqq.

40) ANS. FRANC. IOS. ERNST diſſert. de iudicio Auſtraegali. Mog. 1731.

41) DIET. HERM. KEMMERICH diſſert. de Auſtraegis S. R. I. comitum, cumprimis Wetterauicorum et Sueuicorum, atque ex Franconicis Hohenloicorum conuentionalibus. Ien. 1734.

42) HENR. PHIL. MORITZ de priuilegio Auſtraegali S. R. I. Liberae ciuitatis Wormatienſis. Arg. 1738.

43) IO. VLR. CRAMER diſſert. de Auſtraegis conuentionalibus in cauſis mandatorum S. C. non ceſſan-

cessantibus. Marb. 1739. auch in seinen Opusc. Tom. 2. num. 15.

44) HENR. CHRISTIAN SENKENBERG diss. flores sparsi ad ius Austraegarum tam legalium, quam conuentionalium. Giss. 1739.

45) IO. GE. ESTOR diss. de iure primi fori, siue beneficio primae instantiae ordinibus imperii perfecte pleneque impertiendo nec restricte posthac praefiniendo. Ien. 1741. quae nunc inserta est EIVS Commentationum et Opusculorum Vol. I. P. I. num. 2.

46) HENR. BROKES dissert. de Austraegis serenissimorum Hassiae Landgrauiorum. Ien. 1744.

47) IO. FR. KAYSER diss. de iudiciis pacis in imperio R. G. von den teutschen Friedens- und Bundesgerichten. Giess. 1744.

48) IVST. DAV. ZVFALL diss. de differentiis arbitrorum Rom. et German. occasione R. I. de an. 1594. §. 64. 65. et ordin. camer. P. II. T. 2. §. 1. Marb. 1748.

49) SIG. GVIL. *ab* HAGEN diss. de Austraegis Hassiacis. ibid. eod.

50) CHRISTOPH. LVD. KOCH *disquisitio* de Austraegis S. R. I. procerum cumprimis serenissimorum Landgrauiorum Hassiae. Giess. 1749. 4.

51) IOH. FRIED. MORITZ Abhandlung von den Austrägen der unmittelbaren Grafen des Reichs gegen unmittelbare Kläger. Frkf. 1750. 4.

52) IO.

52) IO. ANDR. HOFFMANN diſſ. de Auſtraegis ordinum S. R. I. aliorumque imperii membrorum praecipue liberae S. R. I. ciuitatis Memmingenſis. Ien. 1750. wie auch in WEGELINS Theſ. rer. Sueu. Tom. 4. num. 21. pag. 318 ſeqq.

53) CHPH. FRID. GEIGER comment. de amplitudine fori conuenti Auſtraegalis S. R. I. procerum. Vlm. 1753. 4.

54) FRANC. DOMIN. HAEBERLIN diſſert. de Auſtraegis generatim, nec non de iure Auſtraegarum S. R. I. liberae ciuitatis Vlmanae ſpeciatim. Helmſt. 1759. und in WEGELINS Theſ. rer. Sueu. Tom. 4. pag. 573 ſeqq.

55) FRID. WILH. TAFINGER diſſ. de Auſtraegis ciuitatis Lindauienſis. Tub. 1762.

56) IO. STEPH. PVTTER diſſert. de ordine iudiciario ab Auſtraegis obſeruando. Goett. 1765. recuſa in EIVS Opuſculis rem iud. Imp. illuſtr. num. II.

57) GE. LVD. BOEHMER obſ. de in ius vocatione Auſtraegali. Goett. 1769. 4. et in EIVS Electis iuris ciuilis Tom. II. num. I.

58) IOH. HEINR. FRECH Gedanken von den Austrägen, worin der 24. §. des R. D. A. a. 1600. erläutert und entſchieden wird. Höxter 1769. f. Fortgeſetzte Gedanken ꝛc. ebendaſ. 1770. f.

59) EIVSD. medit. de foro Auſtraegali in conſortio principis eccleſiaſtici cum ſuo capitulo exulante a nouiſſimis obiectionibus vindicatae. ib. 1771. 4.

60) CHR.

60) CHR. GOTTFR. DAN. WAGNER de paritate religionis inter Auſtraegas obſeruanda. In EIVS meditat. iur. publ. n. 2. Lipſ. 1771.

61) HENR. IAC. GOMBEL generalia praecepta de Auſtraegis praeſertim de cauſis in quibus illis locus ſit. Gieſſae 1778.

§. 7.

Man findet ſonſt noch in des Freyherrn von Cramers Wezlarſchen Nebenſtunden, und in ſeinen Obſeruationibus iuris vniuerſi verſchiedene Abhandlungen, welche die Austräge betreffen; ſo wie auch faſt in allen gröſſern und kleinern Werken, die vom Staatsrechte oder dem Reichsproceß handeln, dieſer Materie eigene Capitel gewidmet ſind. Weil ich mich aber in ein gar zu weitläuftiges Feld wagen würde, wenn ich alle Schriften anführen wolte, welche der Austräge beyläufig erwähnen; ſo begnüge ich mich mit dieſer allgemeinen Anzeige.

Erster Abschnitt

von

den Austrägen

überhaupt.

Erster Abschnitt.

§. 8.

Aus der Geschichte ist es bekannt, wie elend die Justizverwaltung im mittlern Zeitalter beschaffen war. Das *Droit le plus fort* galt über alles. Denn nur der Stärkste, und der den andern bezwingen konnte, hatte Recht. Ein alter Geschichtschreiber schildert nach **Lehmanns** 1) Bericht den damaligen traurigen Zustand sehr gut in folgenden Versen:

> Plus nocuit, *qui plus potuit*, lex nulla coherceet,
> Fas nefasque sibi fuerat cuiusque voluntas.

Alles ward mit dem Degen in der Faust entschieden, und ob gleich ein jeder bey seinen Streitigkeiten sich selbst Richter wählen konnte 2); so ward dies doch lange nicht so anständig gehalten, als wenn die Waffen den Ausschlag gegeben. Bey den Römern konnte der Kläger seinen Gegner wider Willen, und gleichsam obtorto collo ins Gericht ziehen,

> — — — Casu venit obuius illi
> Aduersarius, et quo tu turpissime? magna
> Acclamat voce, *et licet Antestari?* Ego vero
> Oppono auriculam, *rapit in ius*, clamor vtrimque
> Vndique concursus
>
> HORATIVS

wogegen selbst Krankheit und hohes Alter nicht einmal hinreichend entschuldigten 3). Der Teutsche hingegen ging nicht anders, als freywillig zum Richter, wo er nicht dem andern sein Wort gegeben hatte. Denn dieses ward nach dem bekannten Sprichwort: Ein Wort, ein Wort, ein Mann, ein Mann, beständig sehr heilig gehalten. Wider Willen konnte er nicht gezwungen werden zum Richter zu kommen, sondern es blieb allein die Entscheidung durch Waffen 4) übrig.

1) in seiner Speyersch. Chronik Lib. V. cap. 92. p. 626.

2) HENR. CHR. *de* SENKENBERG diss. Flores sparsi ad Ius Austraegarum §. IV. Schwaben-Spiegel beym Goldast und Berger c. 73. Daselbst heißt es: „Ain jeglich weltlich Gericht hebet sich von Kur das ist „also vil gesprochen das chain Herr den Lavvten sol chainen Richter geben, vvann den sy vvellent.„

3) GELLIUS noct. att. XX, 1. CICERO de Legib. II, 23.

4) Eine solche Entscheidung durch einen Zweykampf ward das Kampfgericht, Gottesurteil, *Hordalia*, *Ordalia*, *Iudicium Dei* etc. genannt. conf. das Schwäb. Landr. c. 167. Davon muß man das Gericht an Gott lassen. Davon ist Kampff gesetzt. Wann wes die Leut nicht scheut, das weis doch Gott der Allmächtig wol. Davon sollen wir Gott getruwen, das er den Kampf nun nach Recht scheyde. —

§. 9.

Wie sehr unsere teutsche Vorfahren die Entscheidung durch Waffen, oder durch einen Zweykampf einer ordentlichen gerichtlichen Untersuchung vorgezogen, davon erzählen uns der Corveyische Mönch

Wit-

Wittichind 1) und **Sigebert** 2), Benedictinermönch vom Closter Gemblours in Braband, ein sehr merkwürdiges Beyspiel, da nemlich der Kayser **Otto** der Grosse das Repräsentationsrecht der Enkel bey Erbschaftfällen mit Vaterbrüdern durch ein ordentliches Kampfgericht bestimmen lassen, und dieses für viel anständiger gehalten, als wenn dieser Streit durch Schiedsrichter beygelegt worden wäre. Wer sich am besten rauffen und balgen konnte, der ward von andern am mehresten geehret. Dies ging nachher gar so weit, daß man selbst das Rauben und Plündern auf öffentlichen Landstrassen zu den vorzüglichsten adlichen Tugenden gerechnet, wodurch sich einer zuweilen den Adel erwerben konnte. Es war deshalb ein allgemeines Sprichwort:

ruten roben, das is gheine Schand
dat doyen die besten in dem Land 3).

Alles, was ein solcher adelicher Strassenräuber zu beobachten hatte, bestand darin; daß er seinem Gegner einen ordentlichen Fehdebrief und Absagezettel zuschicken muste 4), alsdenn glaubte er sich seiner Ehre genugsam verwahret zu haben. Denn ein heimliches hinterlistiges Anfallen des Feindes hielt der Teutsche seiner Ehre und Tapferkeit für gleich nachtheilig.

1) in annal. de rebus Saxon. gestis, f. *de Henr. Aucupe et Ott. I.* L. II. p. 644. De *legum* quoque *varietate* facta est contentio, — — — Vnde exiit edictum a Rege, vt vniuersalis populi conuentio fieret apud villam, quae dicitur *Stela*, factumque est, vt

causa *inter arbitros* iudicaretur debere examinari. *Rex autem meliori consilio vsus noluit, viros nobiles ac senes populi inhoneste tractari: sed magis rem inter gladiatores discerni iussit.* Vicit igitur pars qui filios filiorum computabant inter filios, et firmatum est, vt aequaliter cum patruis hereditatem diuiderent pacto sempiterno.

2) in chronographia, s. annal. ad a. 942. Orta dissensione inter principes de varietate legis, — — — — — —; ex regis Ottonis omniumque principum sententia *cognitio veritatis commissa est gladiatorio iudicio*, cessitque victoria his, qui censebant, fratrum filios debere cum patribus (patruis) hereditare.

3) LEIBNITZ T. III. Scriptor. rer. Brunsuicens. in praefat.

4) Am besten schildert dies der Cardinal CVSANVS de concordia Cathol. L. III. c. 31. Occupare, sagt er, maxima dominia nobiles licite se posse dicunt, vbi possessorem nihil iuris habuisse, vel habere concedunt, per vilissimum diffidationum modum honorem saluari putant, et vi post ipsam intimatam diffidationem ex quacunque conficta aut nulla causa qualitercunque rapta, palam aut occulte credunt possideri, etiamsi bona ecclesiae aut clericorum forent.

§. 10.

Diese Befehdungen aber nahmen mit der Zeit so überhand, daß es kein Vorrecht des Adels mehr blieb, sondern ein jeder um der geringsten Kleinigkeit willen es sich erlaubte, dem andern einen Fehdebrief zuzuschicken, worin sich der Absender, er mochte so geringe seyn, wie er wolte, allemal seine Ehre vorbehielte. Damit man sich von einem solchen Absagezettel einen desto bessern Begriff machen könne, will

will ich im Anhange aus dem **Müller** 1) den Fehdebrief eines Kochs mit seinem Küchenjungen, Holzträgern ꝛc. an Graf Otten von Solms, mittheilen. Selbst in der goldnen Bulle 2) hat Kayser Carl IV. dergleichen Befehdungen gewissermassen gebilliget, und nur die ungerechten Befehdungen, da man seinem Gegner nicht wenigstens drey Tage den Absagebrief zugesandt hatte 3), wurden mit der Ehrlosigkeit bestrafet. Ob nun gleich hiedurch und durch anderweitige Verordnungen der nachfolgenden Kayser diese Befehdungen etwas eingeschränkt wurden; so ward doch im Ganzen wenig oder gar nichts ausgerichtet, weil der Zeit noch keine beständige Gerichte im teutschen Reich angeordnet waren. Die Kayser, welche nach der damaligen Gewohnheit im Reich herumzogen, und bald an diesem, bald an jenem Ort ihr Hoflager hielten, sprachen zwar alsdann den sich meldenden Partheyen Recht: Allein durch ein solches Gerichthalten konnte doch unmöglich allen geholfen werden. Die Kayser konnten nicht zu gleicher Zeit allenthalben seyn, und es daurete oft sehr lange, ehe der Kayser, der sich nicht selten in Italien und andern fremden Ländern aufhielt, dorthin kam, wo man nach der Verwaltung der Justiz so sehnlich verlangte. Und doch war im Grunde den Klägern, wenn sie mit mächtigen Gegnern zu thun hatten, sehr wenig mit einem Kayserlichen Ausspruch geholfen, weil es an der gehörigen Vollstreckung der Kayserlichen Befehle mangelte 4), und die Grossen des

Reichs sich mit Feder, Dinte und Papier nicht schrecken lassen wolten.

1) Reichstagstheater Kaysers Fridrichs III. Vorst. I. S. 97.

2) cap. XVII. §. 2. *nisi diffidatio per tres dies naturales* ipsi diffidando personaliter, vel in loco, quo habitare consueuit, publice fuerit intimata, possitque de intimatione huiusmodi per testes idoneos fieri plena fides. *Quis secus quempiam diffidare, et inuadere modo praemisso praesumpserit*, INFAMIAM *eo ipso incurrat*, ac si nulla diffidatio facta esset. Auf ähnliche Weise war dies schon vom Kayser Friedr. I. im Jahr 1187. v. Feud. 10. und von Friedr. II. an. 1234. verordnet, so wie überhaupt das ganze XVII. Capit. der G. B. wörtlich aus der Verordnung Kaysers Philipp de diffidamentis de an. 1201. entlehnet, und nachher in der vom Kayser Friedr. III. auf dem Reichstage zu Frankfurt 1442. errichteten sogenannten Reformation wiederholt ist.

3) Von dieser alten Gewohnheit der Befehdungen wegen zugefügten Unrechts, läßt es sich gewiß nicht ohne Grund herleiten, daß man glaubt, noch heutiges Tages die geringsten Beleidigungen und Streitigkeiten durch einen Zweykampf ausmachen zu müssen, wobey die gewöhnliche schriftliche Ausforderung an die Stelle der Fehdebriefe getreten.

4) LEHMANN a. a. O. S. 956. woselbst er wegen verschiedener zwischen dem Bischof Mathias und dem Rath zu Speyer gewesenen, und endlich verglichenen Irrungen sich also ausdruckt: „Dann es waren damals die höhern und andern Ständt des Faustrechtens noch in strenger Uebung, man kundt mit Feder und Papier die Leut nit schrecken, deß Kaysers Kaltsinnigkeit war bekandt, und hatten seine Befelch schlecht ansehen, weil der Nachtruck daran ermangelt. Dann wie wenig der Bischoff darnach gefragt, und wie geringschätzig Churfürst Friedrich dieselbe gehalten, ist daraus zu spühren, das

erstlich

erstlich der Bischoff in einem Brief an seine Agenten am Kayserl. Hoff — — — geschrieben, wir haben dis gehöret: Qui moritur minis, compulsabitur sibi bombis, darauf setzen wirs, vnd wer nit vnser Freundt will seyn, lassen wir fahren.„ conf. CASP. LERCH de ordin. equestr. Germ. Caes. p. 215.

§. 11.

Niemand litt bey dieser elenden und betrübten Verfassung Teutschlandes mehr, als die geringern mindermächtigen Stände. Diese waren deshalb sehr eifrig bemühet, sich gegen alle unrechte Gewalt in Sicherheit zu setzen. Alleine waren sie zu schwach und unvermögend, es mit den Grossen des Reichs aufzunehmen. Sie suchten daher, sich unter einander zu verbinden, und sich mit vereinigten Kräften gegen gewaltsame Anfälle zu vertheidigen. Dies war das einzige Mittel, wodurch sie sich bey dem Ihrigen erhalten, und gegen die Gewaltthätigkeiten ihrer mächtigen Nachbaren wechselseitig schützen konnten. Sehr leicht ist es also zu begreifen, daß diese Bündnisse und Vereinungen den Fürsten und mächtigen Reichsständen nicht recht gefielen. Sie konnten nun nicht mehr nach Willkühr die Schwächern überfallen, sondern waren gezwungen, diesen durch Vereine gestärkten Reichsbürgern gehöriges billiges Recht wiederfahren zu lassen, weil sonsten der ganze Bund sich seines Genossen annahm. Die Art und Weise, jemanden zu seinem Recht zu verhelfen, stand nach uraltem Herkommen darin; daß eigene besonders erwählte Richter 1) die Irrungen untersuchen musten. Diese waren

entweder blos dazu ernannt, unter beyden streitenden Partheyen einen Vergleich zu stiften, und die Sache gütlich beyzulegen; oder es war ihnen auch bey verfehltem gütlichen Auskommen die Entscheidung der Sache zugleich mit übertragen. Erstere hiessen zur Minne und Gütlichkeit; letztere aber zum Rechten 2) erkohrne Austräge. Denn weil unsere Vorfahren durch ustragen, uzdragen, austragen, so viel als einen Streit rechtlich entscheiden, endigen, beylegen, verstunden 3), so wurden aus diesem Grunde solche erwählte Richter Austräge genannt. Von ihrem Ursprunge läßt sich mit Gewißheit nichts bestimmen. So viel ist indessen gewiß; daß sie schon sehr lange im Gebrauch gewesen, hauptsächlich aber den Zeiten des Faustrechts, und besonders da die Schwächern anfingen, sich unter einander zu verbinden, ihre mehrere Ausbreitung zu verdanken haben. Denn findet man gleich schon zu der Carolinger 4) Zeiten und im eilften Jahrhundert Beyspiele von solchen Schiedsrichtern; so sind sie doch äusserst selten. Allein im dreyzehnten und folgenden Jahrhunderten wurden sie schon so häufig, daß fast alle mittel- und unmittelbare Reichsglieder, und ganze Gesellschaften ihre Austräge hatten, und sich über beständige 5) Austragsrichter unter einander vereinbarten 6).

1) CONRING de iudiciis reip. Germ. §. 53. B. G. STRUV. Corp. Hist. Germ. diss. XXII. §. 7. 14.

2) de SENKENBERG l. c. §. 29 seqq. CHRPH. LUD.

LUD. KOCH de Austr. S. R. I. procer. cumpr. Seren. Landgr. Hass. P. I. §. 8.

3) Man sehe hievon WACHTER in glossario, SPEIDEL et BESOLD unter dem Wort: Austrag. Vor Zeiten ward viel darüber gestritten, ob dies Wort teutschen, oder lateinischen Ursprungs sey. Heut zu Tage aber zweifelt niemand mehr daran, daß es auf ächtem teutschen Grund und Boden erzeugt worden, wie es denn auch nichts ungewöhnliches ist, daß man noch im gemeinen Leben sich des Ausdrucks: jemanden den Austrag einer Sache — das Ende derselben — erzählen ꝛc. bedient.

4) Zeugnisse hievon liefert der berühmte und gelehrte Herr FRANC. DOMIN. HAEBERLIN in diss. de Austr. generat., nec non de iure Austr. S. R. I. lib. ciu. Vlm. speciat. Sect. I. §. 1. conf. AYRER diss. de auctoritate arbitrii ex compromisso, vim rei iudicatae habentis §. 10. p. 14. IO. GOTTL. SIEGEL diss. de arbitrio ex iur. Rom. et German. illustrato cap. 2. §. 1 seqq.

5) IO. VLR. de CRAMER in system. proc. imp. P. I. S. I. T. V. §. 186.

6) Man lese hievon des vortreflichen und gelehrten Herrn Geh. Justitzr. IO. STEPH. PVETTER consp. rei iudic. imper. p. 11. n. c.)

§. 12.

Hiedurch ward aber die öffentliche Ruhe und Sicherheit im Heil. Röm. Reich nicht wieder hergestellet 1). Hiezu schien gesammten Ständen kein besseres Mittel zu seyn, als die Errichtung eines beständigen und wohlbestellten Reichsgerichts. Schon oft hatten sie dieserhalb ernstliche Anträge gemacht, und unter der langwierigen Regierung Kaysers Friederichs III. war kein Reichstag vergangen, auf welchem sie nicht diese ihre dringende Bitte wieder-

holt hätten 2). Allein es blieb immer bey blossen Projecten. Und ob gleich auf dem Reichstage zu Frankfurt 1486. ein zehnjähriger Landfriede 3) zu Stande kam, auch von den Ständen eine Cammergerichtsordnung auf Verlangen des Kaysers entworfen ward 4); so erhielt sie doch den Beyfall des Kaysers nicht, sondern es ging auch hier so, wie's der Canzler Friedrichs III. AENEAS SYLVIUS dem IOANNI CARVAIAL von dem Ausgange des Reichstags vorher prophezeyet hatte: *semper conueniunt, et nunquam conueniunt.*

1) Die vielen hin und wieder errichteten Bündnisse, worunter hauptsächlich die Löwen- Schild- oder St. Georgen, und St. Wilhelmsgesellschaften, nebst dem berühmten Schwäbischen Bund angemerkt zu werden verdienen, waren hiezu allein nicht vermögend. Ein Schwerd hielt zwar das andere eine Zeitlang in der Scheide, allein das Ganze bekam dadurch ein desto kriegerisches Ansehen. Denn die Hauptabsicht der Bündnisse ging nur dahin, sich gemeinschaftlich bey seinen Gütern, Freyheiten, Rechten und Landen zu schützen, und allenfalls Gewalt mit Gewalt zu vertreiben. DATT de pace publ. L. I. c. 7. p. 47. L. II. c. 5. n. 8. LUENIGS Reichsarchiv. P. Special. Cont. I. T. II.

2) Sehr merkwürdig ist der von gesammten Churfürsten gefaßte, und von dem Churfürsten zu Trier auf dem Reichstag zu Neustadt 1455. dem Kayser übergebene, Rathschlag, wie das heil. Reich wieder aufgericht, und Friede in teutschen Landen gemacht werden könnte; worin es unter andern heißt: Item. wann die Gerechtigkeit also vfrichtiglich vnd bliblich gehalten wirdet, so werden die mutwilligen Kriege, vngebürliche Fehde, Straßen-Rouben, vnd ander Ungebürlichkeit von Ire selbs abgestellt ꝛc. S. MÜLLER a. a. O. Vorst. II. S. 523.

3) Man

3) Man findet diesen Landfrieden in des Freyh. von SENKENBERGS neuen und vollständigern Samml. der Reichsabschiede Th. I. S. 285 folg. (Frkf. 1747. f.)

4) Das von den Ständen übergebene Project einer C. G. O. steht beym MÜLLER a. a. O. Vorst. VI. S. 29.

§. 13.

Die Ehre, Teutschland einen ewigen allgemeinen landfrieden zu geben, ein beständiges höchstes Reichsgericht anzuordnen, dem unseligen Faust- und Kolbenrecht ein Ende zu machen, und die innerliche Ruhe im Heil. Röm. Reich auf einen dauerhaftern und festern Fuß zu setzen, war der glorreichen Regierung Kaysers **Maximilians I.** vorbehalten. Es wolte zwar anfänglich der Kayser ungerne daran, sondern suchte dieses Geschäfte von einer Zeit zur andern aufzuschieben. Allein da die Stände sehr nachdrücklich erklärten; daß sie eher keine Hülfe gegen die Türken bewilligen würden, als bis der innerliche Friede durch Anordnung eines beständigen Reichsgerichts völlig wieder hergestellet wäre; so muste sich der gute Kayser wol entschliessen, mit Ernst auf die Abstellung dieser Ständischen Beschwerde zu denken. **Müller** 1) berichtet uns auch; daß er mit einem rühmlichen Eifer sich dieser Arbeit unterzogen, und nicht eher geruhet habe, als bis er sowol den landfrieden, als die C. G. O. völlig zum Stande gebracht. Mit diesem neuerrichteten Kayserlichen und Reichscammergericht muß aber das vormalige Kayserliche

liche Hof- und ältere Kayserliche Cammergericht nicht verwechselt werden, obgleich der Ursprung desselben von diesem herzuleiten 3) ist.

1) im Reichstagstheat. Kays. Maxim. I. Vorst. II. Cap. 40. S. 393 f. Die Anzeige, welche der Kayser dieserhalb an die Stände ergehen ließ, lautete so: Es hat auch Sein Königl. May. für sich genommen, die angegeben Ordnung, Recht und Frieden berührend, und darüber gesessen zween Tag von Morgen acht Horn, biß Abint zu derselben Stund, vnd darunter nu seine Mahlzeit genommen, wolt auch vndersteen solchs weiter zu betrachten, vnd in zweyen Tagen zu enden, S. DATT l. c. L. V. p. 7. p. 825 seq.

2) Sie ward mit dem Landfrieden an einem Tage publicirt. Samml. der R. A. P. II. p. 6 seq. Von den Erinnerungen, welche Kayser Max. über die von den Ständen entworfene Ordnung gemacht, was darüber mit den Ständen verhandelt und festgesetzet, und wie die Personen gleich dazu erwählet, auch das C. G. zu Frankfurt würklich eröfnet worden, berichtet ausführlich DATT l. c. L. IV. c. 1. p. 706 sequ. und aus ihm MÜLLER a. a. O. cap. 41. p. 416 seqq. conf. des R. C. G. B. Freyh. IOH. HEINR. VON HARPPRECHT Staatsarchiv. des Kayserl. und des H. R. R. Cammergerichts P. II. §. 36 seq.

4) von HARPPRECHT a. a. O. Th. I. S. 24 flg.

§. 14.

Ob nun gleich hiedurch die Gerichtsverfassung des teutschen Reichs eine merkliche andere Gestalt erhielt, und bey dem jetzt für beständig errichteten Reichscammergericht der Grund weg fiel, weshalb man sich vor Zeiten der Austräge bedienet; so war es doch sehr bedenklich, dieses durch die Observanz und vielfältige Verträge so fest gegründete Recht der

der Stände so fort abzuschaffen. Man kann es daher den Fürsten auch nicht verdenken, daß sie noch nach errichtetem Reichscammergericht ihre Austräge beybehielten, und sich solche ausdrücklich bestätigen liessen. Und überhaupt scheint es, von je her eine allgemeine angenommene Kautel der teutschen Reichsstände gewesen zu seyn, sich die einmal erlangten Rechte jederzeit vorzubehalten, wenn man auch für die Zeit wenig Nutzen davon gesehen. Ohnedem aber war der Gedanke, sich selbst durch seines gleichen zu richten, dem Teutschen viel zu eigen und zu schmeichelhaft als sich eines solchen Vorzugs gänzlich zu begeben. Hiezu kam noch die vielleicht nicht ganz ungegründete Besorgniß, daß auch dieses Reichsgericht von keiner langen Dauer seyn möchte, da man schon verschiedentlich unter den vorigen Kaysern den Versuch gemacht, ein allgemeines Reichsgericht anzuordnen, ohne daß es je von Bestande gewesen. Nichts destoweniger aber gieng mit den Austrägen eine ziemliche Veränderung vor. Anstatt, daß vorher die Ernennung derselben, und die Art sich vor ihnen einzulassen, größtentheils der Willkühr des Beklagten überlassen war; so ward doch jetzt der Gebrauch desselben an gewisse Formalien, und Zeiten gebunden, bey deren Versäumung die Sache sofort an das Reichscammergericht gebracht werden kann. Die erwählte Austräge sollten in Zukunft nicht mehr blosse Privatschiedsrichter, sondern kayserliche Commissarien 1) seyn, und in dieser Qualität dieses Geschäft zu übernehmen sich nicht entziehen können.

1) C.

1) C. G. O. vom Jahr 1495. Tit. 24. verb. daß auch derselbe anzunehmen, und zu vollführen schuldig seyn soll, als unser Königl. oder Kayserl. Commissarien, in Kraft der Commißion, die Wir als Röm. König hiemit einem jeden gethan haben wollen.

§. 15.

Austräge nenne ich mit dem Herrn Geh. Justitzr. **Pütter** 1) Schiedsrichter, vor welchen die Streitigkeiten solcher unmittelbaren Reichsglieder, denen dieses Vorrecht ausdrücklich ertheilet, oder vorbehalten ist, vorher untersucht, und entschieden werden müssen ehe sie bey den Reichsgerichten anhängig gemacht werden können.

1) In conspectu rei iudic. imper. p. 12.

§. 16.

Der Regel nach müssen alle unmittelbare Personen und Sachen vor den höchsten Reichsgerichten belanget werden 1). Wer sich auf die Austräge beruft, und von dieser Regel eine Ausnahme machen will, der muß beweisen, daß ihm das Recht der Austräge würklich verliehen, oder reserviret sey. Denn war es gleich unthunlich, den Ständen ihr uralt hergebrachtes Recht der Austräge ganz und gar zu nehmen; (§. 14.) so ist es doch, so viel nur immer möglich gewesen eingeschränkt worden, indem es der Kayserlichen höchsten Gerichtsbarkeit sehr nachtheilig geachtet wurde. Es haben deshalb nicht alle dem Reich ohne Mittel unterworfene Personen dieses Privilegium, sondern

dern nur diejenige, denen die Gesetze solches ausdrücklich bewilligen, aber auch nur **in der Masse, als es dem dürren Buchstab des Gesetzes gemäß ist.** Aus dieser eben angegebenen Regel folgt unstreitig, a) daß nicht alle unmittelbare Personen, sie mögen zu den Reichsständen gehören oder nicht, das Austrägalrecht haben; b) daß es ihnen nicht in allen und jeden Sachen ohne Unterschied zukomme, und c) daß nicht alle auf gleiche Art sich dieses Rechts zu erfreuen haben. Denn es stehet den Unmittelbaren nicht etwa nur darum zu weil sie unmittelbar oder weil sie Reichsstände sind, was auch **Deckherr** 3) dagegen einwenden mag: sondern sie geniessen diesen Vorzug nur deswegen, **weil die Reichsgesetze, oder ein besonders erhaltenes Privilegium ihnen solchen zueignen.**

1) S. C. G. O. von 1555. Th. II. Tit. 27. und Concept der C. G. O. Th. II. Tit. 30. Weiter ordnen, setzen und wollen Wir, daß alle und jede Personen und Sachen, die der Kayserlichen Jurisdiction ohne Mittel unterworfen, und durch sondere Austräge dieser Ordnung, oder andere Privilegien, Freyheiten, Gewillkühre, und rechtmässige Gewohnheiten nicht ausgenommen seynd, an unserm Kayserlichen Cammergericht fürgenommen, und gerechtfertiget werden sollen. Diejenigen irren demnach offenbar, welche die Austräge zur Regel, und die erste Instanz der Reichsgerichte in Absicht der Unmittelbaren zur Ausnahme machen wollen. cf. GE. MELCH. de LUDOLF syst. iur. camer. p. 20. n. 9. de CRAMER l. c. §. 216.

2) S.

2) S. die nothwend. Erinner. in der Donawerthsch. Sache P. 1. p. 189. Ja man hat es sogar dem Kayser zur Pflicht gemacht, die Austräge in Zukunft keinem weiter zu ertheilen, der selbige nicht bisher gehabt oder hergebracht hat. Neuest. R. A. §. 116. Neuest. Wahlcapitul. Kaysers Josephs II. art. XVIII. §. 7.

3) in vindiciis ad *Blum.* proc. cam. n. 41. 47. Denn sind gleich die Reichsstädte würkliche Reichsstände; so weiß doch ein jeder, daß sie in der C. G. O. das Recht der Austräge nicht erhalten haben, und daß ihnen solches nicht zustehet, wenn ihnen solches nicht durch ein besonderes Privilegium vom Kayser verliehen worden. Die Prälaten und Grafen sind auch Reichsstände, aber dem ungeachtet haben sie doch das Recht der Austräge nicht, wenn sie von einem mittelbaren Kläger belangt werden. Die Churfürsten, Fürsten und Fürstmässige hingegen geniessen zwar diese Austrägalinstanz, sie mögen von einem Mittelbaren oder Unmittelbaren belangt werden, allein dennoch nicht in allen Fällen ohne Unterschied.

§. 17.

In der ersten C. G. O. vom Jahr 1495. 1) ward eigentlich nur den Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßigen als Beklagten das Austrägalrecht versichert, den Prälaten, Grafen, Freyherrn, Rittern oder andern des Adels, welche dem Reich ohne Mittel unterworfen waren aber ward dasselbe erst in der C. G. O. von 1521. 2) eingeräumet. Man hat anfänglich sehr darüber gestritten, wer unter dem Wort: Fürstmäßige zu verstehen sey. Einige Rechtslehrer hielten dafür, daß die C. G. O. hier unter die apanagirte Prinzen oder nachgebohrnen Fürstenkinder begriffen haben wollen. Allein andere haben diese Meinung mit Grunde als irrig

irrig verworfen, weil diese nicht Fürstenmäßig sondern würkliche wahre Fürsten sind. Fürstmäßige 3) sind daher solche, welche entweder eine der fürstlichen Würde gleichgeachtete Dignität besitzen, wohin ohne Zweifel die unmittelbare Erz- und Bischöfliche Würde, das Hoch- und Teutschmeisterthum, und das Großpriorat des Johanniterordens zu rechnen, oder welche zwar einen der fürstlichen Würde geringern Titel führen, aber doch die persönliche fürstliche Würde vom Kayser erhalten haben, und gleichsam, wenn ich so reden darf, von ihm gefürstet sind. Hieher gehören, gefürstete Aebte, Prälaten und Grafen, als welche alle den würklichen Reichsfürsten gleich geachtet werden.

1) Tit. XXIV. und XXVI. woselbst die Austräge der Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßigen sowohl gegen einander, als gegen Kläger geringern Standes bestimmet werden. Der Grund, warum bey Errichtung des C. G. allein der fürstlichen Austräge gedacht worden, ist wahrscheinlicher Weise kein anderer, als weil theils die Chur- und Fürsten sich desselben nicht begeben wollten, theils aber nach der Zeit nur immer davon die Rede war, wie man gegen mächtige Stände zu seinem Recht gelangen möchte. Denn das war ein seltener Fall, daß Mächtige gegen Schwächere Ursache zu klagen hatten.

2) Tit. XXXIV. §. 15. 16. Es versteht sich von selbst, daß hier nur von den gesetzlichen Austrägen die Rede sey? Es ist daher wohl nur ein Versehen, wenn der sonst gelehrte Corveysche Geh. Rath Herr Joh. Heinr. Frech in seinen Gedanken von den Austrägen ꝛc. (Hör-

ter 1769. f.) p. 15. dieses erst von dem Jahr 1555. behauptet.

3) Man lese hiervon des berühmten Herrn Christ. Gottfr. Hoffmanns Grundsätze des Staatsrechts L. IV. c. 1. §. 107. FELIX MALLEOLVS in dial. de nobilit. & rusticit. c. XIV. apud *de Eyben* de stylo curiae p. 36. PFEFFINGER *ad Vitriar.* T. II. p. 707. seq. BESOLDI thes. pract. V. gefürstete Grafen. IEREM. EBERH. LYNK diss. de comitibus principibus Vitemb. 1708.

§. 18.

Das Recht der Austräge ist ein persönliches 1) Recht, welches jemanden ohne Rücksicht auf Land und Leute verliehen ist, und welches sich niemand anmassen kann, als dem das Gesetz oder eine Kayserliche Gnadenverleihung solches ausdrücklich verstattet (§. 16.). Hieraus läßt sich also leicht die so sehr bestrittene Frage: ob dem Capitel bey einer Sedisvacanz das Recht der Austräge zukomme? beantworten. Der vormalige grosse hallische Rechtslehrer Just Henning Böhmer 2) suchte dies zu vertheidigen. Allein so viele Achtung ich auch für diesen würklich grossen Gelehrten seiner Zeit habe, und so sehr ich seine Schriften schätze; so kann ich ihm doch hierinn nicht beypflichten. Sein Hauptargument bestehet darinn, daß er aus dem Grunde, weil seiner Meinung nach, einem jeden Unmittelbaren die Austrägalinstanz schon deswegen zukäme, weil er unmittelbar wäre, welches doch schon an und für sich unrichtig ist, (§. 16.) selbige auch dem Capitel

pitel nicht streitig gemacht werden könnte, da es bey den Reichsgerichten verklagt würde, vor welchem niemand, der nicht unmittelbar ist, in erster Instanz belangt werden dürfte. Wenn man aber nur bedenkt, daß das Capitel bey einer Sedisvacanz keine andere Rechte erhält, als welche mit der Prälatur unzertrennlich verbunden sind, daß es diesem ungeachtet mittelbar bleibe, und seine Verbindung der Landsäßigkeit, und Unterthänigkeit gegen das Bisthum und Fürstenthum behalte 4), so kann man demselben das Recht der Austräge unmöglich zugestehen. Denn es ist dies keinesweges ein der Prälatur anklebendes Recht, sondern kommt dem Bischofe und Prälaten nur allein wegen seines besondern Standes und persönlichen Würde zu 5) weil die Gesetze ihm solches ausdrücklich nur für seine Person concediren, der Capitel bey einer Sedisvacanz aber mit keiner Sylbe erwähnen. Es wird deshalb bey den Reichsgerichten nach dem Zeugniß älterer und neuerer Cameralisten 6) den Capiteln solches Recht nicht eingeräumet.

1) IO. STRAVCH diss. de Austraegis (Ien. 1671.) §. 12.

2) in Iure eccles. Protest. L. III. T. IX. §. 24. Concedit insuper sagt er von GAIL, der L. I. obs. 30. n. 13. den Capiteln dies Recht abspricht, quod in Camera conueniri possit, (scil. capitulum sede vacante) in qua nemo nisi immediate subiectus in prima instantia conueniri potest, quod *ipsum simul ius Austraegarum arguit.*

 3) Die

2) Die Hauptregel tritt hier allemal ein, daß das ius Austraegarum keinem zukomme, als dem es die Gesetze ausdrucklich zugestehen. Diese aber sind nicht extensiue, sondern restrictiue zu erklären. Sollte der Grund Statt finden, daß ein jeder Unmittelbarer schon vermöge seiner Immedietät dies Recht hätte; so sehe ich nicht ein, warum es den Prälaten, Grafen und Herrn, wenn sie von einem mittelbaren Kläger, oder der geringern Standes ist, belangt werden, nicht zukommen sollte, und warum es den Reichsstädten versagt wird, die doch gleichwol unmittelbar sind, oder warum die unmittelbaren Reichsbauern sich desselben nicht zu erfreuen haben sollten, welches doch bisher noch niemand behauptet hat.

3) Wie solches der grosse göttingische Rechtslehrer Herr Geh. Justitzr. Georg. Ludew. Böhmer in princip. iur. can. §. 536. und 537. sehr gründlich zeiget.

4) S. PFEFFINGER l. c. L. IV. T. 1. pag. 358. IO. AD. de ICKSTATT de iur. capit. sede vacante §. 66. 71. in Tom. II. op. VII. p. 422 seqq.

5) DECKHERR in vindic. *ad Blum.* l. c. n. 44. IO. VLR. de CRAMER in obseru. iur. vniu. T. I. obs. 109.

§. 19.

Der einzige Grund weshalb dem corpori equestri 1) und den Reichsstädten dieses Austrägalrecht verweigert wird, ist daher in dem Gesetz zu suchen. Dieses gedenkt derselben nicht namentlich, folglich kann ihnen solches auch nicht zugeeignet werden. Es geniessen zwar die mehresten 2) Reichsstädte heutiges Tages die Austrägalinstanz, aber nicht anders als wenn sie darüber ein besonderes Privilegium vom Kayser erhalten haben. Ihre Austräge werden auch zum Unterschied der gesetz-

lichen

lichen privilegirte Austräge genannt. Mit diesen privilegirten Reichsstädtischen Austrägen, mit deren Ertheilung der Kayser auch nicht mehr so freygebig seyn soll, (§. 16. n. 2.) muß indessen das sogenannte Iudicium Ciuitatum Imperii Amicabile 3) nicht verwechselt werden. Es haben nemlich die freyen Reichsstädte ein uraltes Herkommen, daß, wenn zwischen Rath und Bürgerschaft Irrungen und Streitigkeiten entstehen, oder wohl gar ein Aufruhr erregt wird, die benachbarten Städte vermöge ihrer habenden Correspondenz und eines vom reichsstädtischen Collegium 1591 gemachten Abschieds, zur Stillung des Aufruhrs einige ihrer Rathsglieder abordnen können, damit durch deren gütliche Vermittelung versucht werde, die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Wohlfahrt zu erhalten und wieder herzustellen 4). Ob nun gleich dieses Iudicium amicabile sich Anfangs nur auf unmittelbare freye Reichsstädte erstreckt haben mag; so ist es doch gewiß, daß nachher auch mittelbare in dem bekannten Hanseatischen Bund gestandene Städte dieses Rechts theilhaftig geworden sind. Wenigstens ist es von der **Stadt Rostock**, die ohne dem notorisch von ihren durchlauchtigsten Landesherrn vor vielen andern Städten mit sehr ansehnlichen Privilegien und grossen Freyheiten begabt ist, ausser allem Streit. Denn wenn der ältere rostockische Erbvertrag von 1573. 5) verordnet, daß bey Streitigkeiten zwischen dem Rath und der Gemeine erst dann Se.

Herzogl. Durchl. darin urtheilen wollen, und sie vor denenselben zu Recht stehen sollen, wenn diese Irrungen unter ihnen selbst, oder durch benachbarter Städte Unterhandlung nicht gütlich beygelegt werden könnten; so ist dies offenbar eine landesherrliche Bestätigung des der Stadt Rostock zustehenden Iudicii ciuitatum amicabilis.

1) Der unmittelbare Reichsadel hat, wie wir nachher unten weiter sehen werden, unstreitig das Austrägalrecht in so fern er von seines gleichen, oder von einem Kläger höhern Standes belangt wird. Die Cantons aber und das Corpus equestre, ob es gleich aus lauter unmittelbaren vom Adel bestehet, können sich dasselbe nicht anmassen, weil die C. G. O. es nicht mit auf sie erstreckt hat.

2) Ein vollständiges Verzeichniß nach dem Alphabet findet man hiervon beym PFEFFINGER l. c. Tit. V. §. 7. und in des Herrn Hof- und Regierungsraths IOSEPH Edlen von SARTORI auserlesenen Beyträgen in Reichsstädtischen Sachen N. IV. S. 391 folg. conf. des berühmten grossen Publicisten IOHANN IACOB MOSERS Staats-R. Th. XXIII. p. 182. Th. XL. p. 468 folg. Von den Austrägen einzelner Städte kann man nachsehen: GE. FRID. HARTMANN de iure Austr. legal. reipubl. *Goslar.* compet. Goslar. 1721. 4. GE. CHR. HVLS *de* RATSBERG diss. de Austr. reip. *Norimberg.* Altorf 1722. IO. ANDR. HOFFMANN diss. de Austr. ordin. S. R. I. alior. imp. membr. praecipue lib. S. R. I. ciuit. *Memming.* Ien. 1750. FRANC. DOM. HAEBERLIN diss. de Austr. generat. nec non de iure Austr. R. S. I. lib. ciuit. *Vlm.* speciat. Helmst. 1759. FR. WILH. TAFINGER diss. de Austr. ciuit. *Lindauiens.* Tubing. 1762. etc.

3) S. CHR. HENR. HILLER diss. de liber. S. R. I. ciuitat. iudicio amicabili. Tub. 1719.

4) S. V. VFFENBACH vom Kayserl. Reichshofrath cap. XII. Subsect. VII. p. 157. seq. welcher zugleich

gleich ein Beyspiel einer solchen gütlichen Vermittelung der Städte Strasburg, Worms und Speyer wegen eines im Jahr 1622. zu Frankfurth am Mayn entstandenen Aufruhrs anführet.

5) Die hieher gehörige Stelle lautet also: Trügen sich aber zwischen dem Rath und Gemeine, oder zwischen dem Rath und einem oder mehr Bürgern Irrungen und Mißverstande zu, und dieselbe könnten unter ihnen selbst oder durch benachbarter Städte Unterhandlung nicht verglichen werden: So sollen die gemeldten Partheyen für J. F. G. darüber zur Güte und zu Recht zustehen schuldig seyn. Des Herrn Vicepräsidenten von BALTHASAR historische Nachricht von Landesgerichten und derselben Ordnung im Herzogthum Pommern pag. 283. seq. wo er anführet, daß den vier Vorderstädten Stralsund, Greifswald, Anclam und Demmin 1452. das Privilegium ertheilet ist, selbst mit den Fürstlichen Räthen des Fürsten an sie gemachte Forderungen zu untersuchen, und zu entscheiden.

§. 20.

Ehe wir weiter gehen, wollen wir hieselbst die verschiedenen Gattungen der Austräge kürzlich berühren. Sie sind entweder von der gesetzgebenden Macht angeordnet, oder nicht. Im ersten Fall ist dies entweder durch ein ordentliches Gesetz geschehen, und diese werden Austräge der Ordnung, Gesetzliche ordentliche Austräge, (Austraegae Ordinationis, seu legales) genannt, oder durch ein Privilegium, und diese heissen privilegirte Austräge. Im letzten Fall haben sie ihren Grund entweder in einer getroffenen Vereinbarung, oder im letzten Willen. Ist dieses, so entstehen hieraus die Testamentsausträge. Ist

aber ienes, so belegt man sie mit dem allgemeinen Namen der bedingten, gewillkührten, rechtlichen, sonderlichen 1), Conventionalausträge. So verschieden nun diese Vereinbarungen seyn können, indem sie entweder von mehreren unter sich schon verbündeten Gesellschaften oder von Personen, die zu einer Familie gehören, eingegangen und geschlossen werden; so verschieden ist auch die Benennung der hieraus entspringenden Austräge. Denn so giebt es Bundes- Einungs- Burg- und Ganerben- Familien- Erb- Stamm- Haus-Austräge ꝛc. deren Name ihren Ursprung schon selbst nachweiset.

1) C. G. O. von 1495. Tit. 25. welche sonderliche gewillkührte, rechtliche, Austräge gegen einander haben. C. G. O. von 1555. Th. II. T. II. §. 1. Conc. der C. G. O. ebendas. pr.

§. 21.

Die sonderliche, gewillkührte Austräge haben allemal einen Vorzug vor den gesetzlichen, welche nur dann statt haben, wenn keine Conventional- oder Testamentsausträge vorhanden sind. Dies leidet keinen Streit, weil die C. G. O. 1) solches ausdrücklich vorschreibt, und dies wird auch von niemand geleugnet. Hierinn sind indessen die Gelehrten nicht einig, ob dies der ganze practische Nutzen dieser Eintheilung sey? und ob die Conventionalausträge nur allein wegen ihrer Bestellung und äusserlichen Form, oder auch in Absicht des Umfangs ihrer Gerichtsbarkeit von

den Legalausträgen unterschieden seyn? Der berühmte Giessensche Rechtslehrer **Christoph Lud. Koch** behauptet mit **Deckherr** 3) und andern Rechtslehrern, 4) daß die Conventionalausträge auf keine Weise mehrere Gewalt haben, als die gesetzlichen und daß in allen Fällen, worinn diese ceßirten, auch jene nicht richten könnten. Der gelehrte Marburgische Jurist **Christoph Fried. Geiger** 5) hingegen, dem auch der verstorbene Freyherr **Joh. Ulr.** von **Cramer** 6) beypflichtet, vertheidiget das Gegentheil. Man muß beyden Männern das Zeugniß geben, daß ein jeder seine Meinung, wie man es denn von solchen angesehenen Rechtslehrern nicht anders erwarten konnte, mit grosser Belesenheit, und Gründlichkeit vorgetragen habe. Ohne mich gegenwärtig in die Entscheidung dieses Streits einzulassen, als welches mich zu weit von meinem Zweck entfernen würde, merke ich nur an, daß man nicht ganz allgemein behaupten könne, daß in allen Fällen, worinn die ordentlichen Austräge nicht Statt haben, auch die Conventionalausträge aufhörten, und daß gleichfalls in Absicht des gerichtlichen Verfahrens diese von jenen merklich verschieden seyn können. Alles kömmt hiebey auf die Fassung der Verträge an, obgleich ich gern eingestehe, daß sie auf das engste 7) und so interpretiret werden müssen, daß sie so viel immer möglich, mit den gemeinen Reichsgesetzen übereinkommen, jedoch muß beständig auf

den Sinn der Transigenten Rücksicht genommen werden. Und ich sehe nicht ein, warum hier die Lehren des bürgerlichen Rechts nicht solten anzuwenden seyn, vermöge welcher es bekannt ist, *Contractus legem ex conuentione accipere, pacta iuri communi derogare ac prouisionem hominis tollere prouisionem legis.* Ich finde deswegen auch kein Bedenken, noch heutiges Tages einem jeden Reichsstande das Recht, gewillkührte Erb-Stamm- Haus- und Familien-Austräge ohne Kayserliche Confirmation zu errichten, 8) zuzueignen. Schon bey Privatpersonen ist es nichts seltenes, daß bey Kauf- und Pacht-Contracten, oder andern Vergleichen festgesetzet wird; daß die etwa zu besorgende Zwistigkeiten durch Schiedrichter ausgemacht werden sollen, welche zuweilen wohl gar im voraus ernannt werden. Da nun ein unmittelbarer Unterthan dies ohne darüber besonders Confirmation bey seinem Landesherrn nachzusuchen, eingehen kann; so wird doch wohl ein gleiches einem teutschen Reichsfürsten ohne Kayserliche Bestätigung erlaubt seyn 9). Es ist dies um so weniger Zweifel unterworfen, da die Kayserliche und R. C. G. O. 10) ausdrücklich befiehlet, daß diejenigen, welche sonderliche, gewillkührte, rechtliche Austräge gegen einander haben sich solcher nach Vorschrift ihrer Verträge gebrauchen sollen, und da überhaupt nicht nur alle besondere Gedinge, Verträge, Gewohnheiten, und Herkommen darinn ausdrücklich bestätiget, sondern auch Cam-

mer-

merrichter und Beysitzer vorzüglich darauf zu sehen angewiesen worden.

1) a. a. O. Welche sonderliche, gewillkührte, rechtliche Austräge gegen einander haben, der sollen sie sich laut derselbigen gegen einander gebrauchen, welche aber dieselbige Austräge gegen einander nicht hatten ꝛc. soll der ꝛc.

2) in disquiſ. de Auſtraeg. S. R. I. Procer. cumprim. Sereniſſ. Landgr. Haſſ. (Gieſſ. 1749.) Sect. I. §. 9. 10. 16. 24.

3) l. c. n. 189.

4) LYNCKER de grauam. extraiud. C. V. Sect. I. §. 14. GYLMANN Symphorem. Camer. Tom. III. p. 193. PFANKUCH de ſummariiſſ. Poſſeſſ. L. 2. c. 4. §. 17. HENRICUS COCCEIUS diſſ. de abuſu mandat. S. C. c. I. §. 24 ſeq.

5) in comm. de amplitudine fori conu. Auſtraeg. S. R. I. procer. (Vlm. 1753.) §. 9. 10. 13. 14 ſeqq.

6) in obſ. iur. vniu. P. III obſ. 906. Man vergleiche hiebey die C. G. O. P. II. Tit. XXI. §. 2. Wo aber etliche Ständ wären, die sonst derhalben rechtliche Austräge zwischen ihnen hätten, die sollen gehalten werden, und hierdurch denselben kein Abbruch gethan seyn. conf. R. A. von 1512. §. 57. woraus diese Verordnung in die C. G. O. von 1521. Tit. 32. und so weiter in den nachherigen gekommen. conf. de CRAMER in diſſ. de Auſtraeg. conuent. in cauſ. mandat. S. C. non ceſſantibus. Marb. 1739.

7) Das versteht sich ohnedem von selbst, daß gewillkührte, Testaments- und Familienausträge nur diejenigen verbinden können, denen das Testament es zur Pflicht macht, und machen können, oder welche die Vereinbarung und Vergleich mit einander geschlossen haben. Ein Dritter darf sich nach selbigen nicht richten. Die Familienverträge, Testamente und Vergleiche sind ihm kein Gesetz, sondern er kann darauf dringen, daß ihm nach Vorschrift der C. G. O. die Austräge ernannt und bestellet werden müssen, wo er nicht durch erhaltene Vortheile,

Vermächtnisse u. d. gl. zur Haltung der Testamente und Vergleiche sich stillschweigend verbindlich gemacht.

8) IOH. VLR. VON CRAMER in den Wetzlar. Beyträg. P. II n. 14. p. 118. hat versucht das Gegentheil zu beweisen, allein ich habe mich durch seine Gründe nicht überzeugen können. Ueberdies sind in dem Fall, den er angeführet, die Austrägalverträge noch nicht einmal von allen Interessenten angenommen gewesen, und noch nie zur Observanz gekommen. Er selbst hat auch nicht leugnen können, daß nicht im Jahr 1713. beym R. C. G. gegen seine Meinung für die Rechtmäßigkeit solcher Austräge gesprochen worden. conf. SIGISM. GVIL. ab HAGEN in dissert. de Austraegis Hassiacis §. 14., welcher zwar denjenigen, welchen das Recht der Austräge in den Gesetzen verliehen ist, auch das Recht Conventionalausträge ohne Kayserl. Bestätigung zu ernennen, einräumet, aber diese Befugniß, nescio quo iure, den freyen Reichsstädten §. 14. ableugnet.

9) Sehr gründlich hat dies aus einander gesetzet de SENKENBERG l. c. § 32. Sed dices fortasse, sagt er, hosce Austraegas conuentionales Imperatorem confirmasse. Ego contra respondeo, id nunquam factum esse, et valde videri ridiculum, si quis Imperatoris confirmationem hic exigere velit. — — — — — — Si hoc in futurum exclusi Austraegae conuentionales, *nil proderit*, confirmatio Imperatoris *solius*, vtpote contra Leges imperii expressas facta. Si vero noua legislatione non exclusi, et tum nihil dabit Imperatoris confirmatio *in maiorem tantum modo cautionem* adhibenda. Denn was einer *maioris securitatis causa* thut, erzeugt bey dem andern schon seiner Natur nach keine Verbindlichkeit. Und wenn die Kayserliche Bestätigung zuweilen bey solchen Austrägen nachgesuchet worden, so beweist dies noch gar keine Nothwendigkeit derselben.

10) in der not. 1. angezogenen Stelle.

§. 22.

§. 22.

Zu den sonderlichen gewillkührten Austrägen gehöret vor allen Dingen dasjenige, was die Churfürsten in der bekannten **Rensischen Verein** vom Jahr 1338. wegen der etwa unter ihnen entstandnen Irrungen festgesetzet haben. Hierin ward die Untersuchung dem ganzen Churfürstlichen Collegium übertragen, und die Entscheidung der Mehrheit der Stimmen überlassen 1). Als sie hierauf bey Gelegenheit der bekannten Hußitischen Händel im Jahr 1424. diese Churverein zum drittenmal erneuerten, ward auch die Entscheidung ihrer Streitigkeiten schon etwas näher bestimmt, und insbesondre verordnet, daß jährlich ein Churfürst als Gemeiner hierinn Richter seyn solte, wenn es durch Vermittelung zweener oder dreyer von beyden Theilen ernannter Freunde nicht in Güte verglichen und beygelegt werden könnte 2). Von Zeit zu Zeit ist seitdem diese von allen Churfürsten beschworne Verein erneuert und dieses zuletzt noch im Jahr 1764. wiederholet worden.

1) Die Vereinbarung lautet so: „Geschech auch, dz „deheinerleie zweiung oder zwiuel, an disen Sachen vn „der vns den Kurfürsten enstünden, was wir danne „gemeiniclichen, oder der merer tail vnder vns darü„ber sprechen, und machtend, das sol macht haben, „vnnd suln auch des halten an arglist, allui disür „vorgeschrieben stukke, vnd ir jeglichs besunder han wir „gelubd in guten trewen, vnd geloben an disen gegen„wertigen Brief, bi unsern Fürstlichen eren, vnnd ha„ben es auch gesworen zu den heiligen, für vns „vnd vnser nachkommen stet und vest zehalten.„ conf. CHRISTOPH. GEWOLDI defens. Lud. IV. (In-

(Ingolst. 1618. 4.) p. 146 sq. HERWART in Ludou. Bau. defenso ad a. 1338. n. 13. p. 751. liefern diese Churverein, welche sich auch in MÜLLERS Reichstagsth. Frid. III. Vorst. II. p. 283. befindet.

2) Hierinn heißt es: — „welchem unter Uns dann bedünkte, daß ihm von dem andern ungütlich geschehe, der soll dem andern schreiben, und ihn mahnen, seiner Freunde zween oder drey zu dem nächsten Monden vff einen Tag, den er Ihm auch benennen soll, an ein gelegen Stadt zu schicken, und vff denselben Tag sollen beyder Herrn Freunde, Ansprüche, Antwurtt, Wiederrede und Nachrede von beyden Seiten verhören, und versuchen, ob sie solche Zwietracht, Spenne und Zweihunge in der Freundschaft und Güttigkeit uebertragen, und hinlegen mögen, mochte aber das nicht gesein, so sollen dieselben beide Parteien Ansprach und Antwortt darnach in dem nächsten Monden dem Herrn der dann, nach Ordnung unser Herrn und Churfürsten obgenannt, des Jahrs ein Gemeiner ist, — — der dann auch in den nächsten zwee Monden, nachdem ihm solche Ansprach und Antwortt in besiegelten Schriften übergeben, und überantwortet wurden sind, vff seinen Eyde darum erkennen, und aussprechen soll.„ — —

§. 23.

So verschieden die Austräge sind, so verschieden ist auch die Bestellung und Ernennung derselben. Von den Testaments- Erb- Stamm- Haus- Familien- Bundes- und überhaupt von allen gewillkührten Austrägen läßt sich dieserhalb im allgemeinen nichts festsetzen. Es beruhet alles auf die Vorschrift und Disposition der Testamente und Verträge 1). Alles was darinn verordnet ist, muß in einem jeden besondern Fall genau beobachtet werden. Eben so verhält es sich auch mit den privilegirten Austrägen bey denen das Privilegium die Richtschnur ist.

Ohne

Ohne uns also hiebey aufzuhalten, wenden wir uns gleich zu den gesetzlichen Austrägen, welche in allen Ständen Statt finden, wenn keine gewillkührte und privilegirte Austräge vorhanden sind. Sie haben in der Reichscammergerichtsordnung ihre gesetzliche Bestimmung erhalten, wornach die Partheyen sich schlechterdings richten müssen. Den Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßigen wird dieses Recht gegen einen jeden, den Prälaten, Grafen, Herrn und Unmittelbaren vom Adel aber nur dann verstattet, wann sie von einem Kläger, der höhern, oder doch wenigstens gleichen Standes mit ihnen ist, belangt werden. Zu dem Ende sind in der C. G. O. vier Ordnungen oder vier Hauptgattungen der Austräge festgesetzet: a) wenn Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige **sich einander**, und b) wenn sie **Prälaten, Grafen und Herren** verklagen wollen, oder wenn c) Prälaten, Grafen, Herren und andere geringere Personen **die Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßigen** zu Recht fordern, und endlich d) wenn die Prälaten, Grafen, Freyherren, Ritter und andere dem Reich ohne Mittel unterworfene von Adel **sich einander** gerichtlich besprechen. So viel es der Endzweck gegenwärtiger Abhandlung erlaubt, werde ich zwar dasjenige, was die C. G. O. bey den verschiedenen Gattungen der Austräge verordnet, kürzlich erörtern, jedoch kann ich mich hieselbst

nicht

nicht in das Detail aller hier einschlagenden Streitfragen einlassen.

1) Das Herzogliche Haus Mecklenburg hat sonst keine Conventional-Stamm- oder Haus-Austräge, als was dieserhalb in dem bekannten Hamburgischen Vergleich von 8. März 1701. disponiret worden. Daselbst heißt es in dem A. 15. „wann hinkünftig wider Vermuthen zwischen Ihnen (den Durchl. Herzogen von Mecklenburg Schwerin, und Mecklenburg Strelitz) ein oder andere Differentien, es sey worinn es wolle, sich eräugen solten, alsdann darüber sich entweder gütlich zu vergleichen, oder da die Sache auf solche Weise nicht zu heben seyn möchte, durch gewisse ARBITROS, deren jeder Theil zwey soll zu benennen haben, selbige untersuchen und decidiren zu lassen, bey sothaner Entscheidung auch lediglich zu acquiesciren.„ Was für Schiedsrichter hiezu ernannt worden, ist nicht bestimmet, mithin hängt es in einem jeden einzelnen Fall von der Willkühr beyder hohen Häuser ab, wem sie dieses Geschäfte übertragen wollen. Von dem Ausspruch solcher Schiedsrichter oder Compromissarien, welches sie im Grunde sind, soll aber nicht appellirt werden können, sondern beyde Theile wollen sich dabey schlechthin beruhigen. cf. MATH. IO. de BEEHR de rebus mecklenb. L. VIII. cap. VII. p. 1545. Von den Austrägen der vormaligen Herzoge in Pommern S. von BALTHASAR l. c. p. 280 seq.

§. 24.

Denjenigen, der das Recht der Austräge hat, kann man nicht gleich vor den Reichsgerichten belangen, sondern man muß ihn zuerst vor die Austräge fordern 1). Diese Austrägalinstanz wird selbst in den Gesetzen 2) ein Vorrecht, eine Chur- und Fürstliche Freyheit genannt, daher es gewiß keinem zu verdenken ist, wenn er diesen Vorzug zu behau-

behaupten suchet. Unter den verschiedenen Austrägen stehen billig die Fürstlichen oben an. Will demnach ein Churfürst, Fürst, oder Fürstmäßiger einen andern Churfürsten, Fürsten oder Fürstmäßigen vor die Austräge zu Recht fordern; so verlangt die C. G. O. 3), daß der Kläger den Beklagten, mittelst schriftlicher Anzeige, worinn seine Forderung bestehe, bitten soll, ihm darum Rechts zu pflegen. Eine solche Anzeige, oder Requisition auf die Austräge muß daher ganz genau dasjenige enthalten, was der Kläger von seinem Gegner begehret, und worinn er sich von diesem beschweret zu seyn erachtet. Hätte er verschiedene Forderungen an den Beklagten, und sie in seinem Requisitionsschreiben nicht alle namentlich angeführet, sondern einen oder andern Punkt ausgelassen; so dürfen auch die Austräge über die unangezeigt gebliebene Puncte hernach nicht urtheilen. Denn die Austräge sind als Kayserliche Commißarien und zugleich von den Partheyen erwählte Schiedsrichter nicht vermögend, über Sachen, die in ihrem Commissorium nicht enthalten, und ihnen nicht ausdrücklich von den Partheyen übertragen sind, wider Willen derselben zu ertheilen 4). Solte es sich aber der Beklagte gefallen lassen, so stehet ihnen nichts im Wege, daß sie nicht auch wegen der nachher angebrachten Forderungen competente Richter solten seyn können. Ein Haupterforderniß ist also, seinem Gegner von seinen Ansprüchen, die man an ihn hat, eine hinlängliche Anzeige zu machen: Und ob gleich dies kein förm-

 licher

licher Libell seyn darf, wie **Blume** 5) mit **Magenhorst** 6) dafür hält; so muß das Requisitionsschreiben doch unter Vorbehalt der weitern Ausführung kurz und summarisch die Gründe enthalten 7), womit man seine Forderung zu unterstützen gedenkt. Dies wird deshalb erfordert, damit der requirirte Churfürst, Fürst, oder Fürstmäßige überlegen könne, ob er es zum Proceß kommen, oder nicht lieber in Güte sich mit dem Kläger abfinden wolle.

1) Die mehresten Gelehrten glauben; daß die Austräge deswegen angeordnet wären, damit die Reichsstände nicht schlechter daran seyn möchten, als ihre eigene Unterthanen, denen das Recht mehrerer Instanzen zukäme. Ob nun gleich nicht zu läugnen ist, daß der Kayser Carl V. glorw. And. in dem der Reichsstadt Nürnberg 1540. ertheilten Privilegium ausdrücklich behauptet, daß von dem Kayser Maximil. I. und ihm die Austräge verstattet wären damit, wie die eigenen Worte des Kaysers lauten, sie zum wenigsten zwey Instanzen, und ihnen die Gutthat und Hülfe der Appellation also wohl, als denenjenigen, so dem Reich nicht ohne Mittel unterworfen, vorbehalten und unbenommen bleibe rc.; so scheint mir doch dieses nicht der rechte Grund zu seyn. Denn was hatten die Reichsstädte gesündigt, daß diese nur eine Instanz haben solten? und warum wolte man den Prälaten, Grafen und Herren, wenn sie von einem mittelbaren Kläger, oder der geringern Standes, als sie war, das Recht mehrerer Instanzen nicht gönnen? Dies kann also der Grund nicht seyn, daß die Austräge eingeführt wurden. Meiner wenigen Einsicht nach, ist solcher bey den Fürsten in der ausdrücklichen Reservation, bey den andern aber, die dieses Vorzugs geniessen, allein in der Conceßion zu suchen. Man vergleiche hiemit, was **Frech** l. c. p. 17 seq. hievon anführet.

2) C.G.O. von 1555. Th. II. Tit. 4. §. 4. Visitat. Absch. v. 1713. §. 9.

3) C. G. O. v. 1495. Tit. 24. C.G.O. von 1555. Th. II. Tit. 2. §. 1. Conc. der C. G. O. ebendaselbst pr. — — welche aber dieselbe (gewillkührte) Austräge gegen einander nicht hätten, soll der klagende Churfürst, Fürst, oder Fürstmäßige den Churfürsten, Fürsten oder Fürstmäßigen, geistlich oder weltlich, an dem er Spruch oder Forderung vermeint zu haben, beschreiben, und ihm seine Sprüch oder Forderung in solcher Schrift anzeigen, mit Ersuchung, ihm darum Rechts zu pflegen.

4) Joh. Ulrich von Cramer wetzlarsche Beyträge Th. IV. n. 4.

5) in proc. cam. Tit. XXVII. §. 59.

6) in comment. ad O. C. P. II. T. II.

7) DECKHERR l. c. ad n. 58. 59. Verba enim, sagt er, ordinationis P. II. T. 2. §. 1. Beschreiben, und und ihm seinen Spruch oder Forderung in solcher Schrift anzeigen: id non volunt, & stilus imperii protinus repugnat, cui sufficit, summariam deductionem iustitiae caussae Reo transmittendam cum requisitione exegisse.

§. 25.

Das Requisitionsschreiben muß der Kläger eigenhändig unterschreiben, 1) und gehörig insinuiren lassen. Ist bey der Insinuation etwas versehen, und man wolte sich dann wegen verzögerter Justitz bey den Reichsgerichten beschweren; so würde man eben so, wie Churtrier wegen der gegen Churpfalz im Jahr 1765. angebrachten Beschwerde zum Bescheide erhalten: „N. z. z. abgeschlagen, sondern wofern Supplicant de rite facta insinuatione litterarum requisito-

rialium super Austraegis besser, als geschehen, dociren, solte ferner ergehen, was Recht ist„ 2) Am sichersten ist es, wenn sie durch einen Notarius geschicht, der solche in Gegenwart zweener Zeugen beschaffet, weil durch das Notariatsinstrument die richtig geschehene Insinuation so fort bescheiniget werden kann. Es ist auch nicht nothwendig, daß der Notarius bey dem Kayserlichen Reichscammergericht immatriculiret sey, sondern es genüget, wenn er ein ordentlicher Kayserlicher geschworner Notarius ist 3). Mit der Post ein Requisitionsschreiben abzuschicken, ist nicht rathsam. Denn wenn man sich auch einen Postschein geben läßt; so würde der zwar die Absendung, aber doch nicht die Insinuation bescheinigen. Und wenn gleich noch so viele Vorsicht dabey genommen wird, als der gelehrte Herr Geheimerath Frech 4) anführet, daß es in der Sache des Stifts Corvey gegen Churcöln geschehen; so bleibt es doch immer sehr mißlich, daher auch bey ordentlichen Gerichten die Insinuation durch Postscheine nicht für gültig bewiesen angenommen wird. Durch Boten es insinuiren zu lassen ist gleichfalls bedenklich, wenn sie kein Recepisse, oder Antwortsschreiben vom Beklagten zurückbringen, und diese pflegen bey einem solchen Fall selten ertheilt zu werden. Von dem Ort, wo die Insinuation zu beschaffen sey, bestimmen so wenig die C. G. O. als sonstige Reichsgesetze etwas gewisses. **Von Cramer** 5) behauptet

tet indessen, daß sie in der Residenz des Beklagten geschehen müsse, ungeachtet die C. G. O. hievon nichts bestimme, und in den Reichsgesetzen davon nichts verordnet werde. Allein wenn gleich die C. G. O. an der Stelle, die von den Austrägen handelt, nichts weiter verlangt, als daß der Kläger den Beklagten beschreiben, und ihm seine Spruch oder Forderung in solcher Schrift anzeigen solle, mithin der Kläger diesem genüget zu haben scheint, wenn er dociret, daß dieses geschehen, und daß diese schriftliche Anzeige dem Beklagten richtig zu Händen gekommen; so verordnet sie doch an einem andern Orte 6) ausdrücklich, daß einem Churfürsten, Fürsten oder Fürstmäßigen, er sey geistlich oder weltlich, die Citationes oder sonstige Verordnungen und Befehle des Cammergerichts an dem Ort insinuiret werden sollen, wo er sonst seine gewöhnliche Hofhaltung hält. Es soll auch sogar in Abwesenheit des Fürsten von seiner Residenz die Insinuation dem Canzler oder sonstigen befehlhabenden Personen an dem Ort der gewöhnlichen Hofhaltung geschehen, und nicht ausserhalb der Residenz beschaffet werden. Es leidet daher keinen Streit, daß nach der Analogie die Requisition wegen der Austräge auch an keinem andern Ort als in der Residenz insinuiret werden könne. Sehr gründlich hat dies bereits der berühmte göttingische Rechtslehrer Herr geheime Justitzrath **Georg Ludewig Boehmer** 7) ausgeführet.

 1) S.

1) S. von Cramer l. c. St. VII. wo er von der Frage handelt; ob bey einer Requisition super Austraegis genug, daß Notarius requirens ein blosses Memoriale insinuiret, so aber von keinem seiner Principalen unterschrieben, noch auf Niedersetzung der Austrägalrichter allein gerichtet?

2) Ebendess. Wezl. Nebenst. Th. LVII. n. 4. EIVSD. obseru. iur. vniu. T. II. P. I. obs. 186.

3) Wie solches in Sachen Major Heins gegen Mecklenburg den 13ten Nov. 1696. geschehen. S. von Cramer Wezl. Beytr. l. c. §. 1. Bey dem grossen Mißbrauch der heüt zu Tage bey Creirung der Notarien eingeschlichen, indem Leute, die einige Jahre bey einem Advocaten gedienet und sonsten ein jeder, der nur angelaufen kömmt, von einigen ihrer Pflicht vergessenen Kayserlichen Pfalzgrafen für die Gebühr zum Notarius gemacht wird, fängt man jetzt an, die Notarien in lateinische und teutsche, das ist, in studirte und unstudirte Notarien einzutheilen.

4) l. c. §. 34.

5) in system. proc. imp. §. 292.

6) C. G. O. von 1555. P. I. Tit. XXXVIII. §. 1. etc. *Concept.* C. G. O. P. I. Tit. LI. pr. & §. 1. cf. Frech l. c. & §. 36. wo er behauptet, daß die Requisition auch sogar einem Fürsten auf Reisen insinuiret werden könne.

7) in pr. de in ius vocatione austraegali (Goetting. 1769.) §. VIII. in EIVSD. electis iuris ciuilis. T. II. exercit. 1. Quae cum ita sint, nihil euidentius esse potest, quam requisitionem ad Austraegas principi imperii *extra territorium suum* commoranti, vel absenti & in itinere constituto insinuatam, pro *perperam facta* esse habendam, tantum abest, vt *princeps requisitus* ob nominationem austraegalem intra terminum legalem non factam, possit *protractae iustitiae austraegalis* reus haberi, & *primae instantiae* beneficio priuari.

§. 26.

§. 26.

Will der beklagte Fürst, nachdem er von dem Kläger gebührend requirirt worden, den Weg Rechtens der Güte vorziehen; so ist derselbe schuldig, innerhalb den nächsten **vier Wochen** nach der ihm geschehenen Anzeige, dem Kläger vier regierende Churfürsten, Fürsten oder Fürstmäßige, halb geistlich und halb weltlich, die nicht aus einem Hause gebohren seyn, ungefährlich zu benennen 1). Würde indessen der requirirte Churfürst 2), Fürst oder Fürstmäßige mit Fleiß oder aus Nachläßigkeit in dieser gesetzlich bestimmten Frist von vier **Wochen** nicht antworten, oder sich zwar zur Ernennung **erbieten**, aber solche binnen dieser Zeit nicht würklich beschaffen; so hat der Kläger die Freiheit, ob er seine Klage gleich bey den höchsten Reichsgerichten anbringen, oder bey denselben um ein Mandat an den Beklagten zur Bestellung der Austräge inploriren will 3). Denn ist die Requisition einmal rechtmäßig gewesen; so bedarf es keiner Wiederholung derselben 4). Es entsteht aber hier die Frage: ob gleich nach Ablauf von acht und zwanzig Tagen die Austrägalinstanz für desert zu achten, oder ob man bis nach Verfließung eines Monats warten müsse? **Schubhard** 5) behauptet ersteres, **Deckherr** 6) hingegen das letztere. Ob ich gleich Schubhards Meinung für die richtigste halte; so würde ich doch immer dem Kläger rathen, zur

Vermeidung eines unnützen Streits nicht eben so genau auf die acht und zwanzig Tage zu bestehen; sondern lieber einen ganzen Monat verstreichen zu lassen, vornemlich da der Unterschied sehr geringe ist. 7)

1) C. G. O. von 1555. l. c. §. 2. Concept der C. G. O. ebendas. §. 1.

2) Es haben zwar die Churfürsten in ihrer Verein zur Entscheidung ihrer Streitigkeiten gewisse Vorkehr getroffen, (§. 22) allein nichts destoweniger sind darinn auch die gesetzlichen Austräge ausdrücklich bestätiget. Siehe hievon die Churverein von 1558 in IOH. MICHAEL DAHM oder vielmehr IO. HORIX diss. de vnione electorali (Mog. 1754.) cap. 2 verb. denen samt oder sonderlich soll dasselbig vermög des h. Reichs im Jahr acht und vierzig und jüngst im Jahr funfzig fünf der wenigern Zahl zu Augsburg aufgerichter und revidirter C. G. O. in welcher mit zeitigem gutem Rathe, etliche heilsame sonderbare Austräge, wie und welchermassen Churfürsten, Fürsten und Fürstenmäßige einander in erster Instanz zu Recht fordern sollen, gesetzt und geordnet, auch sonst nach Heerkommen Fürfallender Sachen sich derselbigen, oder andern darein verleibter rechtlicher Hülf und Mittel dem klagenden Theil an die Hand zu nehmen und zu gebrauchen, durch diese unsere brüderliche Einung hiemit frey gestellet, und ohnbenommen seyn, ohne alle Weigerung und Gefährde.

3) S. C. G. O. l. c. §. vlt. So aber der Antworter die Benennung der Churfürsten, Fürsten und Fürstenmäßigen in obbestimmter Zeit nicht thät, oder dem so obsteht, nicht nachfolgt; so soll er dem Kläger um sein Forderung vor dem Kayserlichen Cammergericht forderlich Rechts pflegen. cf. de CRAMER Obs. 389.

4) IO. STEPH. PÜTTER in nou. epit. proc. imp. §. 186

5) de Austraegis c. IX. n. 75 seqq.

6) l.

6) l. c. n. 105.

7) Daß sonsten noch heutiges Tages genau darauf gesehen, und die Austrägalinstanz sofort für desert erkannt wird, wenn der Beklagte nicht binnen vier Wochen diese Ernennung beschaffet, bezeuget, der Fürstl. Corveyische Herr Geh. v. Frech l. c. §. 35. und bestätiget dies durch eine in Sachen des Herrn Fürsten zu Corvey wider den Herrn Churfürsten zu Cölln am 1 Febr. 1765. beym R. C. G. publicirte Urtel. cf. GE. LVD. BOEHMER l. c. §. 4. Vtrum vero, elapso termino, causa *simpliciter* ad tribunalia imperii deferri possit ab actore, an vero *decretis* primum *promotorialibus*, iisdemque insuper habitis, ea de re varie existimatum est. Certe inter querelam *denegatae*, & inter querelam *protractae* iustitiae id discrimen seruatur, vt propositis factae requisitionis & *denegatae iustitiae* documentis, causa *protinus* ad summa tribunalia *deuoluatur*: id vero in casu *protractae* iustitiae non prius admittatur, quam *decretis promotorialibus*, iisque *frustra* adhibitis — — — Enimuero Cameram imperii hodie in aliam sententiam, terminumque quatuor septimanorum ex opinione Doctorum pro praeiudiciali habere obseruat illustris CRAMERVS l. c.

§. 27.

Der Beklagte soll nach klarer Vorschrift der C. G. O. vier regierende Chur- oder Fürsten ernennen. Folglich darf er zu Austrägen keine apanagirte Prinzen vorschlagen. Ob sie ein würkliches Fürstenthum, oder nur eine Grafschaft besitzen, ob sie groß oder minderjährig sind, das thut nichts zur Sache, wenn sie nur würkliche regierende Fürsten sind. In dem ältern und mittlern Zeitalter, da die Streitigkeiten der Partheyen noch nicht in weitläuftigen Schriften, sondern münd-

lich vorgetragen wurden, war es gebräuchlich, wenigstens nicht ungewöhnlich, daß die Fürsten selbst in Person mit Zuziehung einiger Sachverständigen Beysitzer die Streitigkeiten der Partheyen schlichteten 1). Jetzt ist es bey der veränderten Gestalt Processe zu führen, schon längst aus der Mode gekommen, daß die Fürsten persönlich die Sachen der Partheyen untersuchen. Wenn also gleich die C.G.O. vier regierende Fürsten zu Austrägen vorgeschlagen haben will; so ist dies doch nicht so zu verstehen, als wenn sie sich diesem Geschäfte selbst zu unterziehen verbunden wären. Es ist vielmehr durch die allgemeine Observanz hergebracht, daß sie hierzu ihre Räthe subdelegiren. **Joh. Ulr.** von Cramer 2) glaubt daher, daß die C.G.O. deswegen regierende Fürsten verlange, weil diese nur eigentlich besoldete Räthe in Diensten zu haben pflegen. Daß aber die vier zu ernennende Fürsten halb geistlich und halb weltlich, auch nicht aus einem Hause geboren seyn müssen, scheint deshalb verordnet zu seyn, damit um so mehr aller Verdacht der Partheylichkeit wegfalle, und der Kläger so viel möglich freyere Wahl behalte.

1) Siehe des berühmten Herrn Geh. Justizraths IO. STEPH. PÜTTER diss. de ordine iudiciar. ab Austr. obseruando. (Goett. 1765. §. 14. 15. 16.)

2) l. c. §. 278. cf. DECKH. l. c. ad n. 66.

§. 28.

Hat der Beklagte dem Kläger Ordnungsmäßig vier regierende Fürsten vorgeschlagen; so muß dieser

ser gleichfalls binnen vier Wochen, von der ihm kundig gewordenen Benennung anzurechnen, aus denselben einen zum Richter erwählen, und solchen dem beklagten Fürsten in ebengedachter Frist von vier Wochen namhaft machen. In den nächsten vierzehn Tagen darnach aber müssen beyde Theile den zum Richter erkohrnen Churfürsten, Fürsten oder Fürstmäßigen bitten, daß er dieses Geschäft annehme, und die Partheyen auf einen gewissen Tag zur Untersuchung der Sache vorlade 1). Denn da es weit grössere Ueberlegung erfordert von Seiten des Klägers die Personen zu ernennen, welchen er diese Untersuchung anvertrauen will, und von Seiten des Beklagten aus den vorgeschlagenen Fürsten einen zum Richter auszusuchen, als das Schreiben an den erwählten Fürsten zu erlassen, so hat die C. G. O. auch sehr weislich in jenem Fall dem Kläger und Beklagten jedem vier Wochen, und in diesem beyden zusammen nur vierzehn Tage eingeräumt. Das ist indessen nicht nöthig, daß beyde Partheyen in einer Schrift und an einem Tage dem erkohrnen Fürsten diese Anzeige machen. Wenn nur die gesetzliche Frist von vierzehn Tagen beobachtet wird; so kann es füglich zu verschiedener Zeit und in zweyen besondern Schreiben geschehen. Würde aber der Beklagte binnen dieser vorgeschriebenen Zeit die Anzeige nicht absenden; so leidet es keinen Zweifel, daß derselbe dadurch seine Austrägalinstanz verliehre 2.)

1) C. G. O. a. a. O. verb. daraus (nemlich den vier vorgeschlagenen regierenden Fürsten) der Kläger einen zum Richter kiesen, und denselben den ausgesprochenen Churfürsten, Fürsten, oder Fürstmäßigen, auch in vier Wochen nach der Benennung obgemeldten ungefährlich durch sein kündlich Schrift an seinem Hof verkünden, und sie von beyden Theilen alsdenn denselben in vierzehn Tagen den nechsten darnach um Annehmung und Tag-Satzung bitten.

2) Daß dieses in Sachen des Hoch- und Teutschmeisters gegen Churpfalz beym R. C. G. im Jahr 1549. also erkannt worden, bezeuget GYLMANN in Symphorem. T. III. p. 53 seq. DECKH. Monum. lect. ant. p. 90. n. 7.

§. 29.

Der von dem Kläger erkohrne Churfürst, Fürst oder Fürstmäßige ist aber auch verbunden, vermöge der einem jeden im voraus übertragenen Kayserlichen Commißion dieses Geschäfte, wenn er keine gültige rechtliche Ehehaften einzuwenden hat, anzunehmen, förderlich einen Rechtstag zu setzen in einer seiner Städt 1) ungefährlich, und mit samt seinen unpartheyischen Räthen 2) die Sache zu Recht zu verhören und wie sich in Recht gebühren wird zu entscheiden 3). Eine gewisse Zeit ist hiebey den Austrägen nicht vorgeschrieben, binnen welcher sie die Ladung erlassen sollen. Blume 4) meint zwar, daß selbige nach der Analogie der C. G. O. 5) innerhalb Monatsfrist, vom Tag der insinuirten Imploration anzurechnen, erkannt werden müßte. Allein wenn man die Rubrik des von Blume angezogenen ersten Titels des zweyten

ten Theils der C. G. O. ansiehet, so erhellet es deutlich, daß derselbe nicht von den Austrägen sondern von Personen und Sachen handelt, so dem Reich nicht ohne Mittel, sondern andern Gerichten unterworfen sind 6). Und obgleich die Austräge wegen gemeiner schlechten Spolien dem Kläger auf sein Ansuchen in Monatsfrist, oder im Fall redlicher Verhinderung aufs längste in sechs Wochen Ladung erkennen sollen 7), so ist dies doch nur als eine Ausnahme verordnet, und ausdrücklich gesetzt, daß die Churfürsten, Fürsten, Fürstmäßige, Prälaten, Grafen, Freyherren Herren und Städt der Kayserlichen Majestät zu unterthänigsten Ehren und Gefallen sich der Austräge, wie die in des Reichscammergerichtsordnung ihrenthalben versehen seyn, in Sachen gemeine schlechte Entsetzung anlangend, nur etlichermaßen begeben, dieselbigen auch also näher eingezogen, und aus billigem Mitleiden, so mit dem Entsetzten zu haben, die Austräge in erzählten Fällen dahin gericht, damit der Entsetzte durch gebührliche Hülf zu billiger Restitution des Seinen förderlich wiederum kommen möge 3). Der göttingische grosse Publicist Herr Geh. Justitzr. **Pütter**, behauptet daher ganz recht, daß man den Regeln der Auslegungskunst zuwider handeln würde, wenn man das, was von den Austrägen wegen

gen gemeiner schlechter Spolien gleichsam als eine Ausnahme von der Regel verordnet worden, auf die ordentlichen Austräge anwenden wolte. Ist inzwischen ein und ebenderselbe Grund des Gesetzes (eadem legis ratio) vorhanden; so kann unstreitig das, was nur bey einer Gattung der Austräge disponiret ist, auch bey andern Fällen seine Anwendung finden, wenn gleich bey diesen dasselbe nicht ausdrücklich wiederholet ist. Dies ist denn auch die Ursache, daß die mehresten Cameralisten es bey dieser Gattung der Austräge der Fürsten gegen Fürsten für nothwendig halten, daß die vier regierende Fürsten dem Kläger nicht über zwölf Meilen entsessen seyn dürfen. Die Observanz bestätiget auch ihre Meinung, welche doch sonsten so wenig in der C. G. O. als in andern Reichsgesetzen gegründet ist 10). Es kann daher nichts anders, als ein Versehen seyn, wenn der verstorbene Freyherr von Cramer sich zur Behauptung dieses Satzes auf die C. G. O. Th. II. Tit. 2. §. 1. berufte. Denn es wird daselbst der zwölf Meilen mit keiner Silbe gedacht. Nur in dem folgenden dritten Titel: Wie und vor welchem Richter Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige die Prälaten, Grafen, Herren und den Adel dem Reich ohne Mittel unterworfen zu Recht fordern sollen, und im fünften Titel, wo von den Austrägen der Prälaten, Grafen ꝛc. unter sich gehandelt wird, kömmt hievon etwas vor. Wer sieht aber nicht,

daß

daß in diesen Titeln nicht von den fürstlichen Austrägen, sondern von denjenigen die Rede sey, welche den Prälaten, Grafen, Herren, und andern unmittelbaren von Adel zukommen. Die Veranlassung zu dieser an sich irrigen, aber anjetzt durch die Observanz bestätigten Meinung haben ohne Zweifel die ältern Cammergerichtsbeysitzer gegeben. Sie schienen es in ihren 1594 auf dem Reichstage zu Regensburg übergebenen Cameralzweifeln als notorisch vorauszusetzen, daß die zu ernennende Fürsten dem Kläger nicht über zwölf Meilen entlegen seyn müßten. Dies folgt unläugbar aus der Fassung des diesen Punct betreffenden Zweifels. 11) Sie frugen nemlich beym Reich an; Wenn ein Fürst, vermöge der Austräge nicht von einem Fürsten; sondern von einem Freyen vom Adel oder andern Priuato requirirt würde, ob er schuldig sey, in Benennung der Fürsten dasjenige präcise zu observiren, als wann er von einem Fürsten requirirt wäre, insonderheit daß die ernannte Fürsten nicht über zwölf Meilen dem Requirenten entsessen rc. Bekanntlich konnten diese übergebene Zweifel auf dem Reichstage nicht erörtert werden, sondern es ward dazu im folgenden Jahr ein Reichsdeputationstag beliebet, auf welchem dieser Zweifel dahin entschieden ward, daß solche so hoch nöthig nicht zu beobachten, jedoch daß die Fürsten nicht über zwanzig Meilen entsessen wären. Diese Entscheidung

ward

ward nachher dem Reichsdeputationsabschied von 1600. §. 25. eingerückt, aus welchem er dem Concept der C. G. O 12) inseriret worden. Ob nun also gleich nicht behauptet werden kann, daß nach Vorschrift ausdrücklicher Gesetze bey dieser Gattung der Austräge in Ernennung der Fürsten auf die Entfernung von zwölf Meilen nothwendig Rücksicht genommen werden müsse: so ist doch anjetzt solches obangeführtermassen durch das **Heerkommen** eingeführt.

1) In der Churverein von 1558. sind zur Untersuchung der unter den Churfürsten unter sich entstehenden Irrungen, Maynz, Frankfurt, Gelnhausen, und Fulda oder Mühlhausen, als gewöhnliche Städte benannt, welches jedoch bey den ordentlichen Legal Austrägen keine Anwendung findet, sondern der erwählte Fürst kann die Partheyen nach einer von seinen Städten citiren, welche ihm gut dünkt. Die C. G. O. läßt ihm hierinn freye Wahl, ohne ihm im geringsten etwas vorzuschreiben.

2) Da heutiges Tages die Fürsten nicht mehr selbst zu Gericht sitzen (§. 27.) so kommen auch anjetzt alle Arten der Austräge darinn überein, daß die Sachen allemal vor Räthen verhandelt werden. Die Anzahl der von dem Fürsten zu subdelegirenden Räthe hängt von seiner Willkühr ab. Weil aber die C. G. O. a. a. O. verlangt: Und soll derselbig Kayserliche erkohrne Commissarius (das ist der vom Kläger erwählte Fürst) — — — mit sammt seinen unpartheyischen Räthen die Sache — — — entscheiden; so glaube ich nicht zu irren, wenn ich behaupte, daß der erwählte Fürst wenigstens drey Räthe niedersetzen müsse. Denn der Kayserliche Commissarius, oder der erkohrne Fürst, der die Sache untersuchen soll, ist eine Person. Er soll aber nicht allein sondern mit seinen unpartheyischen Räthen diese Untersuchung vornehmen. Setzt nun das Wort: Räthe in

der

der mehrern Zahl zum voraus, daß wenigstens zwo Personen von ihm zu Rath gezogen werden sollen; so folgt hieraus unläugbar, daß der Fürst nicht weniger, als drey subdelegiren könne.

3) Sind die eigenen Worte der C. G. O. a. a. O.

4) l. c. §. 74.

5) a. a. O. Tit. I. §. 1. verb. Erstlich ordnen und setzen Wir, das alle des Heiligen Reichs Verwandte und Unterthanen, bey ihren ordentlichen inländischen Rechten — — — gelassen, — — doch daß nach Ansuchen der Partheyen innerhalb eines Monaths das Recht aufgethan — — werde.

6) Nur erst der darauf folgende zweyte und folgende Titel handelt von den Austrägen, wie solches die Generalrubrik: von Personen und Sachen, so dem Reich ohne Mittel unterworfen, und in erster Instanz an das Cammergericht nicht gehörig, ausweiset.

7) C. G. O. von 1555. P. II. T. III. §. 4. & 11. verb. widrigenfalls soll alsdann die Sache der schlechten Entsetzung, wie vorgemeldt, alsbald ipso iure an das Kayserliche Cammergericht devolvirt seyn, und dem Kläger auf sein Ansuchen Ladung erkan[illegible], auch wider den Entsetzer welcher an bemeldtem Kayserlichen Cammergericht diesfalls zu Recht zu stehen schuldig, förderlich vollnfahren und procediret werden wie sichs von Rechtswegen gebühret.

8) Siehe die angeführten Worte in der C. G. O. l. c. §. 1.

9) In der vorangezogenen Dissertation §. 9. 11. und Joh. Ge. Estor im Progr. von der Nothwendigkeit die Gerichtspraxin auf Universitäten zu lehren (Jen. 1735) führt deshalb S. 34. dies als den zweyten Unterschied der ordentlichen Austräge von den der schlechten Entsetzung an. cf. 27. D. de Leg. wo Tertullianus schreibt: & semper quasi hoc legibus *inesse* credi oportet, vt ad eas quoque personas, & ad eas res pertinerent, *quae quandoque similes erunt*.

10) Man lese hiebey, was Deckherr l. c. n. 17. schreibt. In quaestione sagt er, *An spatium XII. milliarium etiam in casu principum se inuicem conuenientium obseruandum sit?* lex nihil decidit. Dnn. Assessores in suis dubiis, Recess. Deputat. 1600. §. Und nachdem ꝛc. 25. & Concept. Ordinat. Camer. dict. part. 2. Tit. 4. §. 8. — — *non dispositiue*, sed saltem *enunciatiue* loquuntur — — sed vnde obligabitur? Non sane ex lege scripta sed ex antiqua forsitan inter principes obseruantia, ad nostra vsque tempora continuata etc. cf. LENTIUS in diss. de priuileg. immed. S. R. I. procer. instantiis, vulgo die Austräge (Basil. 1615.) cap. VI. Th. 47.

12) Corp. iur. camer. (Trcf. 1774. f.) pag. 474. Dub. VI.

12) P. II. Tit. IV. §. 8. Schon in dem R. A. von 1598. §. 69. ward beliebt, daß einigen R. C. G. Beysitzern die Verbesserung der von den beyden C. G. Assessoren Conrad Nisch und Conrad Braun hauptsächlich verfertigten C. G. O. von 1555. aufgetragen werden solte. Sie ward zu dem Ende von einigen Assessoren nachgesehen, alles dasjenige, was durch neuere Reichsgesetze näher bestimmet worden, darnach geändert, und so auch die obenbemerkte Stelle aus dem R. D. A. von 1600. hinzugefüget. Nachdem sie hiemit fertig waren, übergaben sie diese verbesserte C. G. O. als ein Concept der Kayserl. und R. C. G. O. auf dem Reichstage 1613. zur Confirmation, welche jedoch bis auf diese Stunde noch nicht erfolgt ist.

§. 30.

Ist nun alles dasjenige gehörig beobachtet, was in Absicht der zu bestellenden Austräge in den Gesetzen verordnet worden, und hat sich auch der erkohrne Fürst diesem Geschäfte unterzogen; so entsteht nun die Frage, wie es zu halten sey, wenn derselbe die Untersuchung und Entscheidung dieser

Sache

Sache zu vollführen, etwa durch den Tod verhindert würde? und ob alsdann die Sache gleich ans R. C. G. devolvirt werde? Auch diesen Fall hat die C. G. O. nicht unentschieden gelassen. Sie sagt: „Und ob der erkohrne Commissarius abgienge, ehe die Sache zum End käme, soll der Kläger aus den andern dreyen vorgeschlagenen Churfürsten, Fürsten oder Fürstmäßigen **einen andern kiesen**, der soll es auch anzunehmen und zu vollführen schuldig seyn, als Kayserl. Commissarius, wie der Articul hievon anzeigt, und das vorden bracht werden, was vor dem abgangenen Churfürsten, Fürsten oder Fürstmäßigen in Recht gehandelt worden, und ferner in der Sachen ergehen und geschehen, was Recht ist.„ 1) Mithin wird durch den Abgang des erwählten Austragsrichters die Sache nicht an die Reichsgerichte devolvirt; sondern an dessen statt ein anderer, aus den übrigen dreyen mit ihm zugleich vorgeschlagen gewesenen Fürsten hiezu erbeten. Der Kläger hat also nicht nöthig, aufs neue den Beklagten auf die Austräge zu requiriren, indessen muß er doch demselben von dieser seiner getroffenen Wahl Nachricht geben, und mit dem Beklagten den erkornen Fürsten um Uebernehmung dieses Geschäftes ersuchen. (§. 18.) Dieser hingegen muß alsdann die Sache nicht wieder von forne anfangen, sondern in dem Stande, worinn er sie findet, selbige fortsetzen und zu Ende bringen. Wolten beyde streitende

tende Theile dem Nachfolger des Verstorbenen die Fortsetzung des Austrägalprocesses anvertrauen; welches aber ohne beyder Parthenen Einwilligung nicht geschehen kann; so ist auch dieser verbunden, solches zu übernehmen. Nach geendigter Austrägalinstanz aber, stehet es beyden Parthenen frey, von dem Erkenntniß der Austräge, wenn sie sich dadurch beschwert zu seyn erachten, an die Reichsgerichte zu appelliren 2)

1) C. G. O. von 1555. P. II. T. II. §. 2. Conc. d. C. G. O. ibid. §. 3.

2) C. G. O. l. c. C. d. C. G. O. l. c. §. 2.

§. 31.

Zur zweyten Classe der Austräge gehören die Prälaten, Grafen, Herren und andern Unmittelbaren vom Adel, wenn sie von Chur- und Fürsten belangt werden. Oben (§. 17.) haben wir zwar bereits angeführt, daß die Prälaten, Grafen rc. in der ersten C. G. O. von 1495. nur als Kläger vorkommen, und daß ihnen erst im Jahr 1521. das Recht der Austräge verstattet worden. Wir müssen aber hiebey noch zugleich einige Scheingründe aus dem Wege räumen, welche gemeiniglich hiegegen gemacht werden, um zu beweisen, daß die Grafen, Prälaten rc. schon lange vorher das Recht der Austräge gehabt 1). Zuerst beruft man sich auf den Landfrieden Kaysers Wenceslaus vom Jahr 1383. weil hierinn allen Ständen, und auch ausdrücklich den Prälaten, Grafen, Herren rc. das Austrägalrecht zugestanden würde. Die hieher gehöri-

ge

ge Stelle lautet so: „Item ob die Fr. Gr. Hrn. N. oder K. die in dieser Eynunge sint oder darin komen hernach bruche under eynander gewonnen, so soll der Forste, Gr. oder K. die oder der da clageten einen gemeinen Mann nemen uz den den andern Fr. Gr. Hrn. die in dieser Eynunge sint oder darin komen, und der den er also nymmet der soll sich auch dann der Sachen annemmen, — — und sol yegelicher Fr. Gr. oder Hr. den zcwein scheydeliche Manne zu dem Obermanne gebene und sol der Obermann als balde er genommen und benant wyrt beyden Partyen einen gelegelichen Dag bescheyden, und den auch beyden Partyen verkündigen, die auch ihre Ratlüte zu jme schicken sollent, und die fünffe sollent beyder Partyen Ansprache und Antwerten verhören und — — — ein früntlich Recht sprechen off jre Eyde, und — — — daz soll von beyden Syten gehalten werden ane Geverde rc.?„ — Das zweyte Argument wird aus dem Landfrieden Kaysers Albrechts II. vom Jahr 1438 hergenommen, worinn nicht nur die Austräge schon genauer bestimmt, und der Grund zu den nachherigen Classen derselben geleget, sondern auch namentlich wegen der Gräflichen und andern Austräge verordnet werden: „Item deßglich, wer es, ob ein Fürst mit einem Gra-

 sen,

sen, Fryen, Ritter oder Knecht, zu schaffen hette oder gewynn; wer die Vorderung umb sprüche oder schulde, alß vorgeschrieben stot, so soll der Grave, Frye, Ritter oder Knecht, dem Fürsten des Rechten gehorsam sin, vor sinem Herren und sinen Reten, des Mann, Rot oder Diener er ist, vnyevorlich." 3). Allein ob es gleich nicht zu leugnen ist, daß Prälaten, Grafen ꝛc. schon lange vor Errichtung des R. C. G. ihre eigene gewillkührte Austräge gehabt, und sich auch durch Bündnisse und Vereine dabey zu schützen gesucht; so ist doch auch dieses gewiß, daß diese zeitliche, rechtliche Schiedsrichter, welche zur Zeit des Faustrechts, und da man noch kein ordentliches Reichsgericht hatte, fast nothwendig, oder doch sehr gut und heilsam waren, nach errichtetem R. C. G. gar sehr eingeschränkt, und dem Ansehn dieses Kayserlichen und R. C. G. äusserst nachtheilig geachtet worden 4). Ohnedem ist hier nicht die Rede von gewillkührten, sondern von gesetzlichen, ordentlichen Austrägen. Nur allein von diesen habe ich behauptet, daß solche erst in der C. G. O. von 1521. den Prälaten und Grafen verliehen worden, 5) und daß in den ältern Reichssatzungen von dergleichen beständigen gesetzlichen Austrägen nichts verordnet worden.

1) Am ausführlichsten hat dies zu beweisen gesucht der Wild und Rheingräfl. Steinische Rath Herr Jo. **Fried. Moritz** in der gelehrten Abhandlung von den

Austrägen der unmittelbaren Grafen des Reichs gegen mittelbare Kläger. Frcf. 1750. 4.

2) Dieser Landfriede steht in der Senkenbergischen neuen und vollständigen Sammlung der Reichsabschiede P. I. p. 88 seq.

3) S. die Senkenberg. Samml. l. c. p. 154 seq.

4) Man lese hievon DATT de pace publ. L. II. cap. 27. n. 95. seq. Daß solcher Austrag wieder den Römischen Kayser und Obrigkeit, und wäre verbotten, das Kayserliche Gericht zu schwächen. BRANDT disquis. de continent. caus. cap. V. §. 53. 54. Ich kann daher dem Schaumburg Lippischen Rechtsgelehrten Joh. Christoph Erich Springer nicht beypflichten, wenn er in seiner *comment.* de continentia Germanica etc. (1770) cap. IX. schreibet: Cum itaque non dubium sit forum Austraega le esse commissionem Caesaream, quanquam formalia Commissionum moribus hodiernis vsitatarum desint, *equidem non viderem*, *quo pacto Austraegae officere possint summae potestati Caesareae etc.*

5) Man vergleiche hiemit DIET. HERM. KEMMERICH diss. de Austraegis S. R. G. I. Comitum cumprimis Wetterauicorum etc. (Ien. 1734.) S. 1. §. 8.

§. 32.

Der Landfriede von 1383. beweist nichts weniger, als ein allen Ständen, und besonders den Prälaten, Grafen, und Herren, verliehenes Austrägalrecht. Er ging nur auf diejenigen Fürsten, Grafen, Herren, Ritter und Knechte, die in der errichteten Eynung entweder schon derzeit waren, oder hernach noch darein kommen würden; andere die darinn nicht mit begriffen waren, hatten hieran auch gar keinen Antheil. Ohnedem war dies nur ein zeitlicher Landfriede, der nur auf zwölf Jahre Bestand und Gültigkeit haben solte,

und also auf keine Weise zur Begründung der Gräflichen Austräge und anderer unmittelbaren vom Adel angeführet werden kann. Was den Landfrieden von 1438. anlanget; so soll derselbe niemals würklich zum Stande gekommen, sondern nur ein blosser Vorschlag geblieben seyn. Wäre er aber würklich vollzogen worden; so ist es doch nur ein zeitlicher Landfriede gewesen, daraus nichts zum Vortheil der unmittelbaren Prälaten Grafen rc. herzuleiten ist, denn die Worte: so sol der Grave, Frye, Ritter oder Knecht, dem Fürsten des Rechten gehorsam sin, **vor sinen Herren und sinen Reten, des Mann, Rot oder Diener er ist,** sind ein deutlicher Beweis, daß es nur auf mittelbare Grafen und Herren gehen sollen, die eines andern Fürsten Vasallen sind, oder sonst in dessen Diensten stehen.

§. 33.

Es bleibt also eine ewige Wahrheit, daß die Legalausträge nur erst durch die C. G. O. eingeführet worden. Bey Errichtung dieses höchsten Reichsgerichts ward aber zugleich als eine Grundregel festgesetzet, daß alle Personen und Sachen, die ohne Mittel der Kayserlichen Gerichtsbarkeit unterworfen, beym Cammergericht fürgenommen werden solten. Als eine Ausnahme von dieser Regel kam hiebey der Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßigen Freyheit der ersten Instanz, vor ihren Genossen, oder vor Landhofmeistern und Rä-

Räthen belangt zu werden, hauptsächlich in Erwägung. Denn da sie sich ausser in Landfriedenbruchs-Sachen und ähnlichen Fällen, das Recht der ersten Instanz vor die Austräge nicht begeben wolten; so ward doch so wol bey den Austrägen gegen einander, als wenn sie von Prälaten, Grafen und Herren belangt würden, nicht mehr alles ihrer Willkühr überlassen, sondern es wurden vielmehr gewisse Formalien und Fatalien vorgeschrieben, welche, wie wir bereits im vorhergehenden angezeigt haben, (§. 14.) bey Verlust des Austrägalrechts beobachtet werden mußten 1). Allein dieser Vorbehalt betraf allein die Fürsten 2). Die übrigen Stände des Reichs zweyter Ordnung waren hierunter nicht mit begriffen. In Absicht derselben behielte daher die Regel ihre Anwendung, daß sie der Jurisdiction des C. G. in erster Instanz unterworfen blieben 3). (§. 19.) Gewillkührte Austräge aber zu erwählen, stand ihnen allerdings frey. Nur muß man nicht von den Conventionalausträgen auf die durch die C. G. O. eingeführte Legalausträge schliessen 4), und nicht glauben; daß sie schon bey Errichtung der ersten C. G. O eben so wie die Fürsten die gesetzlichen Austräge erlangt hätten, da ihnen doch, wie schon oben (§. 17.) bemerkt worden, dieses Recht allererst unter der Regierung Kaysers Carls V. im Jahr 1521. beygeleget worden. 5) Die Veranlassung hiezu ist, so viel man aus den Reichstagshandlungen wahrnehmen kann, mehr dem Verlangen der Churfürsten,

Fürsten und Fürstmäßigen, als dem Begehren und Anhalten der Prälaten, Grafen und Herren zuzuschreiben. Denn als jene es auf dem Reichstage 1521. bey der ersten C. G. O. von 1495. lediglich bewenden lassen wolten, trugen diese hauptsächlich darauf an, a) daß ihnen mehrere Wege die Chur- und Fürsten zu belangen, eröfnet, und b) ihnen unter sich ein förmlicher rechtlicher Austrag beygeleget werden möchte. 6) Hierüber ward weitläuftige Unterhandlung gepflogen, und endlich in der Fürsten Anzeig und Fürschlag der rechtlichen Austrag halben, welcher als ein förmliches Reichsgutachten, und nach erfolgter Kayserlichen Genehmigung als ein allgemeiner Reichsschluß der C. G. O. von 1521. 7) einverleibt worden, nicht nur verordnet, daß den Prälaten, Grafen, Herren rc. acht Wege die Chur- und Fürsten zu belangen freygelassen seyn, sondern auch zugleich festgesetzt, daß sie hinwiederum den Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßigen zu Recht stehen solten. Und dies sind diejenigen Austräge, wovon wir jetzt handeln wollen.

1) Man lese hiebey nach, was der unvergleichliche von Harpprecht a. a. O. P. V. §. 23 seq. aus den Reichsacten sehr umständlich berichtet.

2) Wenn ich hier und in der Folge nur allein der Fürsten erwähne; so will ich darunter zugleich die Churfürsten und Fürstmäßige mit verstanden haben, welches ich zur Vermeidung alles Mißverstandes hieselbst zu erinnern für nöthig erachtet.

3) cf. de CRAMER l. c. §. 209. verb. proin nihil ratione Austraegarum concessum censendum, quo iuris-

risdictio imperialis nimis restringeretur, adeoque casus non expressus dispositioni iuris communis relinquendus; e contrario quidquid ad ampliandam iurisdictionem imperialem ratione Austraegarum quid confert, ordinatione camerali cautum censendum est.

4) von Harpprecht l. c. §. 25.

5) Am deutlichsten erhellet dies aus des Fürstenraths weittern und sondern Bedenken, welches sie bey Verfertigung der neuern C. G. O. auf dem Reichstag 1555. übergeben, und welches gleichfalls der Herr von Harpprecht l. c. P. VI. in der Anlage CXLIII. p. 355 seq. beygebracht. Hierinn heißt es ausdrücklich — darumb es pillig bei der gemeinen Regel pleibt, — — und des heil. Reichs Jurisdicktion, sonderlich propter excellentiam Iudicii extendirt und erweitert werden soll, zu deme dise deren vom Adel Exemptiones und Austrege nit allr, sonder Anno x. 21. erstlich eingeführt worden.

6) Von den Austrägen gegen Fürstliche Kläger gedachten sie gar nichts. Die Gräfliche dieserhalb auf dem Reichstag 1521. gemachte Vorstellung liefert ebenmäßig der Herr von Harpprecht l. c. in der Anlage III. pag. 177. und in der Anl. V. p. 184 seq.

7) Tit. XXXIV. cf. von Harpprecht l. c. Anlage X.

§. 34.

Die C. G. O. 1) läßt einem klagenden Fürsten die Wahl, ob er einen unpartheyischen Commissarius seines Standes vom Kayser erbitten, oder den Beklagten Prälaten, Grafen, Herrn, Ritter, oder andern unmittelbaren von Adel ersuchen will, ihm drey Churfürsten, Fürsten, oder Fürstmäßige zu ernennen, woraus er sich einen zum Richter erwählen muß. Die Austräge der Prälaten, Grafen 2c.

fen ꝛc. sind also von den Austrägen der Fürsten gegen Fürsten merklich unterschieden. Bey jenen hat der Kläger doch zween Wege, worunter er wählen kann, bey diesen aber findet gar keine Wahl statt. Der von seines gleichen belangte Fürst muß dem Kläger vier regierende Fürsten halb geistlich und halb weltlich, so nicht aus einem Hause geboren sind, vorschlagen. (§. 26.) Der beklagte Prälat, Graf, Herr, oder andere unmittelbare von Adel darf hingegen dem klagenden Fürsten nur drey unpartheyische Fürsten ernennen, welche nicht nothwendig regierende Herren, und aus verschiedenen Häusern geboren seyn müssen. Der Kläger kann nichts weiter fordern, als daß die drey Fürsten unpartheyisch und ihm über zwölf Meilen nicht entsessen sind. Diese zwölf Meilen sind aber nicht von der mehrentheils mitten im Lande liegenden Residenz eines Fürsten anzurechnen, sondern vielmehr von den Grenzen der Territorien 2) weil es sonst in verschiedenen Fällen schwer halten möchte, so nahgelegene Fürsten ausfündig zu machen. Es können daher auch zumal mit Einwilligung des Gegners entferntere Fürsten zu Austrägen vorgeschlagen werden, wenn in solcher Nähe keine drey, oder doch nicht ganz unpartheyische Fürsten angetroffen werden solten. Die C. G. O. macht indessen hiebey sehr weislich einen Unterschied, ob der Kläger den Weg der Kayserlichen Commißion erwählet, oder ob derselbe

vom Beklagten die Benennung dreyer Fürsten begehret. Im erstern Fall soll der Commissarius, den sich der Kläger vom Kayser erbittet, dem Beklagten nicht über zwölf Meil entlegen, und im leztern Fall sollen die drey vom Beklagten zu ernennenden Fürsten von dem Kläger nicht über zwölf Meilen entfernet seyn 3) Der Grund dieses Unterschieds ist leicht einzusehen. Es hat hiedurch sowol der Freyheit des Klägers in der seiner Willkühr überlassenen Erbittung eines Commissarius, als auch dem Recht des Beklagten in der von ihm allein abhängenden Ernennung dreyer Fürsten Ziel und Masse gesetzt werden sollen 4), damit keiner dem andern gar zu sehr entlegene Fürsten zu Austrägen aufdringen möchte.

1) Von den Austrägen der Prälaten und Grafen disponiret die C. G. O. von 1521 Tit. XXXIV. §. 15. 16. und die C. G. O. von 1555. P. II. Tit. III. Wie und vor welchem Richter, Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige, die Prälaten, Grafen, Herren und den Adel dem Reich ohne Mittel unterworfen, zu Recht fordern sollen.

2) de CRAMER l. c. §. 284.

3) C. G. O. a. a. O. Es sollen auch wiederum die Prälaten, Grafen, Freyherren, Ritter, oder andere des Adels, die ohne Mittel dem Reich unterworfen, den Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßigen zu Recht stehen, also daß der klagende Churfürst, Fürst oder Fürstmäßige Macht habe einen unpartheyischen Commissari seines Standes doch dem Antworter über zwölf Meilen nicht entsessen, zu erlangen, — — Oder soll der Churfürst — — von denselben Prälaten — — zu erfordern haben, ihme drey Churfürsten, Fürsten, oder Fürstmäßige, die,

die, wie hernach stehet, unpartheyisch, und dem Kläger über zwölf Meil nicht entsessen, zu benennen.

4) S. DECKHERR in vindic. l. c. n. 92 seq.

§. 35.

Bey dem ersten Wege der Kayserlichen Commißion muß ich gleich Anfangs erinnern, daß ich zwar oben (§. 16.) angeführet, daß die Austräge der Fürsten gegen einander als Kayserliche Commissarien anzusehen seyn. Allein man muß deswegen nicht glauben, daß diese Commißion, wovon hier die Rede ist, von jener allgemeinen, allen Austrägen durch die C. G. O. ein für allemal übertragenen Kayserlichen Commißion gar nicht verschieden sey. Der Unterschied ist ziemlich groß, und es ist, wie der berühmte Herr Etatsrath **Johann Jacob Moser** 1) ganz recht schreibt, in Absicht dieser Commißion mit Fleiß gesetzt, daß der klagende Fürst sich einen Commissarius seines Standes **vom Kayser** erbitten solle, weil sonst niemand einem Chur- oder Fürsten dergleichen Commißion aufzutragen vermögend wäre. Es setzet also dieses immer ein besonderes Commissorium vom Kayser an den vom Kläger in Vorschlag gebrachten Fürsten zum voraus, an Statt daß die andern Austräge dergleichen nicht bedürfen, weil sie schon durch die C. G. O. 2) sogleich Kayserliche Commissarien sind, als sie von den Partheyen zu Austrägen erwählet und erbeten werden.

1) de commissionibus ad Austraegas, im R. H. R. Proceß Th. IV. p. 769. seq. §. 4.

2) von

2) von 1495. T. XXIV. das auch derselbe anzunehmen und zu vollführen schuldig seyn soll, als unser Königl. oder Kayserl. Commissarius in Kraft der Commission, die Wir als Röm. König hiemit einem jeden gethan haben wollen.

§. 36.

Wann nun ein solcher Commissarius vom Kayser gesetzet worden: so soll, wie es in der C. G. O. 1) heißt, **vor demselben laut der Ordnung, wie hernach stehet:** Wie Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige beklagt und gerechtfertiget werden sollen **procedirt werden.** Auf gleiche Weise wird wegen der vom Beklagten vorzuschlagenden Fürsten verordnet: die, **wie hernach stehet** 2), unpartheyisch, und — — vor denen er **nach laut der Ordnung** klagen und procediren soll. Diese Stelle der C. G. O. ist offenbar etwas dunkel, und bedarf einer Erläuterung. Soll der Kayserliche Commissarius so verfahren, als in dem folgenden vierten Titel von den Fürstlichen Austrägen gegen geringere Kläger vorgeschrieben ist, und wird er darauf ausdrücklich verwiesen; so wird doch wol nothwendig erfordert, daß daselbst alles deutlich bestimmet sey. Lieset man aber den 9. §. nach, der von der Kayserlichen Commißion handelt; so wird daselbst wieder auf **obgemeldte Ordnung** Bezug gemacht. Und eben so wird der erkohrne Fürst im §. 8. auf **vorausgerichtete Ordnung** verwiesen. Wir werden also gleichsam in einem Cirkel herumgeführet.

Um

Um aus diesem Labyrinth herauszukommen, ist zu merken, daß im vierten Titel die Worte: laut voraufgerichteter, oder laut obgemeldter Ordnung nicht wieder von dem dritten, sondern von dem zweyten Titel des zweyten Theils der C. G. O. zu verstehen sind 5). Und es soll hiedurch nichts weiter angedeutet werden, als daß, um eine Sache nicht so oft zu wiederholen, bey diesen Austrägen eben so verfahren werden muß, als bey den Austrägen der Fürsten gegen einander vorgeschrieben ist. So wie dort der erwählte Fürst die Commißion übernehmen, förderlich einen Rechtstag ansetzen, und mit sammt seinen unpartheyischen Räthen, die Sache zu Recht verhören, und, wie sich in Recht gebühren wird, entscheiden soll; so muß ebenfalls der hier erwählte Fürst, oder der vom Kayser erbetene Kommissarius dieser Richtschnur in allem genau folgen.

1) v. 1555. P. II. T. III. In der C. G. O. von 1521. Tit. XXXIV. §. 15. 16. ist an statt der Worte: wie hernach stehet: gesetzet wie obstehet, weil daselbst vorher von den Fürstlichen Austrägen gegen geringere Kläger gehandelt worden, und in der neuern C. G. O. von 1555. die Verordnung davon in dem folgenden Titel enthalten ist.

2) Blume glaubt in seinen unterm Concept der C. G. O. gesetzten Noten oder Parallelstellen, daß die Worte: wie hernach stehet: auf den 7. §. des folgenden vierten Titels zielen. Allein meiner geringen Einsicht nach, wird hier unstreitig auf den fünften Titel gedeutet. Denn daselbst wird sowol die Unpartheylichkeit der Fürsten als ihre Entfernung von nicht mehr als zwölf Meilen erfordert, wovon in dem angezogenen 7. §. nichts ge-

gedacht wird. Das läßt sich aber nicht gedenken, daß die C. G. O. sich auf eine Stelle beziehen solte, die davon gar nicht redet. Auf den §. 8. Tit. IV. des Concepts der C. G. O. kan um so weniger Rücksicht genommen seyn, als derselbe aus dem R. D. A. von 1600. §. 25. entlehnt ist, der aber zur Zeit der C. G O. von 1555. noch nicht existirte.

3) Man sehe hiervon DECKHERR l. c. n. 98. woselbst er dies ausführlich auseinander gesetzt hat.

§. 37.

Es leidet auch keinen Streit, daß die übrigen bey den Austrägen der Fürsten gegen einander vorgeschriebenen Formalien gleichfalls aufs genaueste befolget werden müßen, wenn gleich die C. G O. dieses nicht deutlich verordnet hat. Solte der Bezug auf die C. G. O. nur allein die Qualität und Eigenschaft der zu ernennenden Fürsten betreffen, daß sie nemlich unpartheyisch, und dem Kläger nicht über zwölf Meilen entsessen seyn sollen; und stünde es übrigens dem Beklagten Prälaten oder Grafen frey, auf die an ihn ergangene Requisition 1) des Klägers die Ernennung der Fürsten so lange zu verzögern als es ihm gutdünkte; so würde dies eben so viel seyn, als wenn man dem klagenden Fürsten gar nicht zu seinem Rechte verhelfen wolte. Da aber überhaupt die Austräge eigentlich zu dem Zweck eingeführt sind, daß den Partheyen auf das schleunigste Gerechtigkeit wiederfahre: da bey dieser besondern Gattung der Austräge ausdrücklich nichts anders verordnet worden, und da kein zureichender Grund vorhanden ist, warum hier eine Ausnahme von der Regel gemacht

werden solte: so finde ich kein Bedenken die gesetzliche Disposition wegen der Austräge der Fürsten unter sich, auch hier gelten zu lassen 3), in sofern bey diesem Fall nicht ein besonderer Umstand eintritt, der eine Abweichung nothwendig macht. Denn das versteht sich von selbst, daß bey der vom Kayser zu erbittenden Commißion der klagende Fürst den beklagten Prälaten oder Grafen nicht vorher über die Austräge requiriren darf, weil sofort auf das Gesuch des Klägers vom Kayser die Commißion erkannt wird 3). Und eben so wenig haben die Partheyen die Verbindlichkeit auf sich, dem Commissarius besonders um Annahme dieses Geschäfts, und Erlassung baldiger Ladung zu ersuchen. Denn in dem Commissarium, wobey ihm die Supplik des Klägers abschriftlich mitgetheilet, und ihm eröfnet wird, daß er in dieser Sache zum Austrägalcommissarius ernannt und bestellet sey, ist zugleich der Befehl enthalten 4), daß er diese Commißion annehmen, die Partheyen auf einen bestimmten Tag, und an einen gelegenen Ort vorladen, und die Sache rechtlich untersuchen und entscheiden solle.

1) In der C. G. O. l. c. wird eine solche Requisition freylich nicht ganz deutlich verlanget. Allein die Worte: „Oder soll der Churfürst, Fürst oder Fürstmäßige von demselben Prälaten — — zu erfordern haben, ihme drey Churfürsten — — — zu benennen — — vor denen er nach laut der Ordnung klagen und procediren soll und möge„ scheinen allerdings auch hier es zur Pflicht zu machen, daß der klagende Fürst nach laut der Ordnung Tit. 2. pr. dem beklagten Prälaten oder

Gra-

Grafen seine Spruch oder Forderung schriftlich anzeigen, und ihn ersuchen müsse, ihm darum Rechts zu pflegen, weshalb auch dafür gesorgt werden muß, daß die Requisition gehörig insinuiret werde.

2) PVTTER l. c. §. 11. Econtrario, sagt er, varia passim intexta sunt reliquis de vsu Austraegarum sanctionibus, quae, *si verbis haereas*, solummodo vni eorum generi legem dicere videntur, *sin mentem atque rationem legis intuearis*, de AVSTRAEGIS IN GENERE *locum habere*, vix dubitari potest —— Quae cum ita sint, non opinamur in errorem nos induci, si generalem inde regulam conficimus, quod si sanctio quaedam de Austraegis prolata quidem sit occasione vnius alteriusue tantum ex quatuor illis Austraegarum casibus, ratio autem legis generalis eluceat, neque commoda differentiae ratio, quo minus & reliquis casibus ea sanctio quadret, proferri queat, interpretationi extensiuae locus sit, eademque sanctio in omnibus Austraegarum casibus vsum legitimum praebeat.

3) S. R. H. R. O. Tit. 2. §. 5. „Wann vermöge der Austrag und mit diesen ausdrücklichen Worten eine Commißion bey Uns gesucht wird; daß solches keiner Parthey, wann anders die Jurisdicktion fundirt, abgeschlagen werde. cf. J. J. Moser l. c. p. 785. Mithin hat weder die Parthey, so um eine Commissionem ad Austraegas bittet, nöthig, sich in die Merita causae einzulassen, noch ist dem R. H. R. erlaubt, wenn auch solches schon geschähe, darüber in diesem Fall zu sprechen, weilen eben dadurch der ersten Instanz eingegriffen werden würde.

4) Moser l. c. p. 791. §. 24. liefert verschiedene Ausfertigungen von solchen auf die Austräge erkannten Kayserlichen Commißionen. cf. VFFENBACH vom Reichshofrath CXV. sect. III. subs. 1. p. 202. 10. VLR. de CRAMER in obs. T. II. obs. 759.

§. 38.

Nicht allein wenn sie von Fürsten, sondern auch wenn sie von ihres gleichen belanget werden, haben die Prälaten, Grafen, Herren, und andere unmittelbare von Adel das Recht der Austräge erhalten 1). Es sind zwar dies nach der C. G. O. eigentlich die vierte und letzte Classe oder Gattung der Austräge; allein da sie von denjenigen, welche ihnen gegen klagende Fürsten zukommen, wenig oder gar nicht unterschieden sind: so habe ich es der Sache angemessen gehalten, hierinn von der gesetzlichen Ordnung abzugehen. Wenn ein Prälat, Graf, Herr, oder anderer dem Reiche ohne Mittel unterworfener von Adel einen seines Standes zu Recht fordern will; so sind ihm eben dieselbigen zween Wege freygelassen, welche einem klagenden Fürsten gegen die Prälaten, Grafen 2c. verstattet sind. Der ganze Unterschied zeiget sich bey dem Wege der Kayserlichen Commißion. Denn wenn der Kläger vom Beklagten drey unpartheyische Fürsten vorgeschlagen verlanget; so muß eben dasselbe beobachtet werden, was im vorhergehenden in Absicht der Austräge der Prälaten und Grafen gegen Fürstliche Kläger angemerkt worden. Wird aber der Weg der Kayserlichen Commißion erwählet; so muß der Commissarius nothwendig ein Fürst seyn, wenn der Kläger ein Fürst ist (§. 34.) Belangt hingegen der klagende Prälat, oder Graf jemanden seines gleichen; so ist es der Willkühr des Kaysers überlassen, wen er zum Commißarius niedersetzen will

will 2), und es fehlt nicht an Beyspielen, daß der unmittelbaren Reichsritterschaft dergleichen Austrägalcommißionen aufgetragen worden 3). Weil auch hier der Kläger die Ernennung des Commissarius dem Kayser allein überlassen muß, an statt daß der klagende Fürst selbst einen seines Standes vorschlägt; so glaube ich auch hierinn den Grund zu finden, warum bey dieser Gattung der Austräge nicht vorgeschrieben ist, daß der Commissarius dem Beklagten oder Antworter nicht über zwölf Meilen entsessen seyn soll.

1) C. G. O. v. 1521. Tit. XXXIV. §. 17. 18. C. G. O. v. 1555. P. II. T. V. Wie und vor welchem Richter, die Prälaten, Grafen, Freyherrn, und die vom Adel dem Reich ohne Mittel, und sonst keiner andern Gerichtbarkeit unterworfen, einander zu Recht fordern sollen. Concept der C. G. O. ebendas.

2) C. G. O. c. verb. Oder, wo ihm dasselbige nicht annehmlich wäre, einen unpartheyischen Commissarius von Uns als Römischen Kayser erlangen. — — —

3) Moser l. c. p. 786. §. 19. de CRAMER in system. Proc. imp. §. 346. & persona Commissarii *ab Arbitrio Caesareae Maiestatis* dependet; adeo vt in causis equestribus, vel Directorium equestre solum, vel plura, vel idem cum aliis statibus, Commissarii constitui possint.

§. 39.

Ausser den beyden Fällen, wann sie von einem, der höhern, oder mit ihnen gleichen Standes ist, belangt werden, kömmt den unmittelbaren Prälaten, Grafen, Herren, und dem Adel das Austrägalrecht nicht zu. Sie müssen daher auf dasselbe Verzicht thun, wenn sie von einem mittelba-

ren Kläger rechtlich besprochen werden. (§. 16.) So wie es sich denn auch von selbst versteht, daß die mittelbaren Prälaten und Grafen sich solches Recht auf keine Weise anmassen können 1). Kayser Carl V. hielte anfänglich selbst dafür, daß den unmittelbaren Prälaten, Grafen und Herren auch gegen mittelbare Kläger die Austrägalinstanz gebühren müßte. Man sieht dies aus der Kayserlichen Erklärung 2) auf die von den Reichsständen verfertigte und 1548. auf dem Reichstage übergebene C. G. O. worinn der Kayser erinnert: „Desgleichen als vnter dem Tittel, wie vnd vor welchem Richter die Prelaten, Grafen, Freiherrn vnd von Adel, dem Reich on Mittel vnterworfen, einander zu Recht vordern sollen, desselbigen halben Ordnung gesetzt, „Aber der Burger, Pauerleut vnd anderer Vnderthanen, wie dieselbige ihnen der Prelaten, Grauen, Herrn vnd denen von Adel Recht bekommen solten, nit gedacht, so will die notturfft ervordern, dieselbigen auch in diese Ordnung zu begreifen vnd mit einzusetzen wie an etlichen andern Orten dieser Ordnung geschehen.„ Als aber die Stände unterm 9. Apr. 1750. hierauf berichteten: —„das im andern theil der Ordnung zu ende der rechtlichen austreg durch einen gesetzten Artikel vnter dem Tittel (das alle personen vnd sachen, die one Mittel der Kayserl. Jurisdiction vnderworfen, vnd von derselbigen durch sondere austreg nicht ausgenommen, an dem Cammer-

mergericht fürgenommen werden sollen) diesem irer Maist. begern gemeß, vnd der notturfft noch gnugsam Fürsehung geschee, 3) so stand der Kayser von seiner Erinnerung ab 4), und es ward bey der Regel gelassen, daß die unmittelbaren Prälaten und Grafen von mittelbaren Klägern nicht vor die Austräge, sondern vors Reichscammergericht in erster Instanz zu Recht stehen solten. Und obgleich hernach abermals über die Worte der C. G. O. 5) Hinwiederum so und wann ein Prälat — gegen einen Prälaten — der oder die dem Reich ohne Mittel unterworfen, Spruch und Forderung hätte — im Jahr 1551. beym Cammergericht ein Zweifel entstand 6): ob es nicht schon genug sey, wenn der Beklagte nur unmittelbar wäre? oder ob der Kläger auch unmittelbar seyn müste und also ein mittelbarer unter den Chur- und Fürsten gesessener von Adel einen dem Reiche ohne Mittel unterworfenen Edelmann gleich beym Cammergericht in erster Instanz, mit Vorbeygehung der Austräge, verklagen könnte? Obgleich, sage ich, hierüber gezweifelt ward; so ist denn noch durch die Mehrheit der Stimmen geschlossen worden, daß, wenn der Kläger und Beklagte nicht unmittelbar wären, die Austräge nicht statt fünden, sondern die Sache gleich beym Cammergericht angebracht werden könnte. In des Fürstenraths weitern und sondern Bedenken 7) wird hiervon folgender Entscheidungsgrund angege-

 ben:

ben: „und das von wegen der gemeinen Regel im 27ten Tittel dies theils, dardurch alle die so unter des Reichs Jurisdiction one mittel gesessen, auch dem Cammergericht unterworfen weren, sie seien dann insonderheit davon ausgenommen, das diesfalls nit ist, darumb es pillich bey der gemeinen Regel pleibt.„ (§. 33. n. 5.) So wenig damals, als nachher haben die Prälaten und Grafen das Austrägalrecht gegen mittelbare Kläger erhalten können 8) so viele Mühe sich auch der Reichsgrafenstand vorzüglich hierum gegeben.

1) Es ist dies nicht allein in der C. G. O. P. II. T. I. schon ganz allgemein verordnet, sondern auch im fünften Titel §. vlt. besonders disponirt: Und soll sonst ein jeder dem Reich ohne Mittel nicht, sondern andern Herrschaften unterworfen — — — bey demselben seinem ordentlichen Richter laut der Ordnung bleiben.

2) S. v. Harpprecht. P. VI. p. 206.

3) Wir lesen der Stände Antwort auf die erste Kayserl. Erklärung gleichfalls beym Harpprecht l. c. p. 208 seq.

4) Siehe Replica der Kayserl. Majest. vff gemeiner Stenndt gegebene Antwort die Cammergerichtsordnung belangendt, von Harpprecht l. c. p. 218. daselbst heißt es: „Die Röm. Kayserl. Majest. vnser allergnädigster Herr hat der Churfürsten vnd gemeiner Stenndt vnd der Abwesenden Bottschaften vnd Gesandten ferner antzaig, so vf irer Majest. gegebenen Resolution von wegen der Cammergerichts-Ordnung bescheen, gnediglich verstanden, vnd lassen ir Majest. ir solich der Stenndt enderung vnd bedenken in allweeg gefallen.

5) P. II. T. V.

6) von Harpprecht l. c. p. 88. §. 116. KOCH in comm. ad O. C. P. II. T. V. n. 13. in DECKHERR monum. lect. camer. ant. p. 99 seq.

7) Es

7) Es befindet sich dasselbe auch in des oft angezogenen vortreflichen Herrn von Harpprecht Staatsarchiv. l. c. p. 355. seq. in der Anlage CXLIII.

8) Man vergleiche hiebey des berühmten Herrn Etatsraths Joh. Jac. Mosers Anmerkungen zur Wahlcapitul. Kaysers Carls VII. P. III. p. 260. seq. cf. J. F. Moritz Abhandlung von den Austrägen der unmittelbaren Grafen des Reichs gegen mittelbare Kläger.

§. 40.

In dem vorigen §. habe ich den Prälaten, Grafen, Herren, und andern unmittelbaren vom Adel nur allein in dem Fall das Austrägalrecht abgesprochen, wenn der Kläger dem Reiche nicht ohne Mittel unterworfen ist. Es möchte daher hieraus die Folge gezogen werden, daß ich ihnen in allen übrigen Fällen, wenn sie nur von einem Unmittelbaren belangt würden, das Privilegium der Austräge einräumte. Dies wäre aber gegen meine Absicht, und deshalb füge ich zur Vermeidung aller Misdeutung hinzu, daß den Prälaten, Grafen, Herren und andern unmittelbaren vom Adel das Recht der Austräge nicht anders zustehe, als wenn sie von ihres Gleichen, oder von einem, dem gleichfalls das Austrägalrecht verliehen ist, belangt werden. Mit dieser allgemeinen Regel wird man alle vorkommende Fragen richtig zu entscheiden vermögend seyn. Ist also gleich der Kläger unmittelbar hat aber das Recht der Austräge in der C. G. O. oder sonsten rechtsbeständig nicht erhalten 1), oder ist er geringern Standes als der unmittelbare vom Adel; so gehört die Sa-

che in erster Instanz vors Cammergericht, und nicht vor die Austräge. Denn die Rubrik des fünften Titels: Wie und vor welchem Richter die Prälaten — — **einander** zu Recht fordern sollen, zeigt es deutlich, daß ihnen nur **gegen einander** 2) die Austräge verstattet sind. Man kann indessen nicht ganz ohne alle Einschränkung behaupten, daß der unmittelbare Reichsadel jederzeit gegen einander die Austräge hätte: Aus dem Zusatz: und sonst keiner andern Gerichtsbarkeit unterworfen, welcher den Worten, dem Reiche ohne Mittel: hinzugefügt worden, erhellet, daß ein unmittelbarer von Adel sich auf Austräge nicht berufen könne, wenn er eines andern Landesherrn Landsaß, und dessen Gerichten von Alters her unterworfen ist, sondern daß er alsdann die Gerichtsbarkeit seines Landesherrn anerkennen müsse. Anfänglich als den Grafen, Prälaten und Herren 1521. das Austrägalrecht eingeräumet ward, ist notorisch dieser Gattung von Austrägen kein besonderer Titel angewiesen gewesen 3). Wie man aber 1548 und 1555. an einer verbesserten C. G. O. arbeitete, und der fünfte Titel des zweyten Theils die Rubrik erhielt: Wie und vor welchem Richter die Prälaten, Grafen Freiherrn, und die vom Adel dem Reich ohne Mittel unterworfen, einander zu Recht fordern sollen; so schien selbige den Fürsten viel zu allgemein abgefaßt zu seyn. Sie trugen deshalb

halb in ihrem Bedenken 4) darauf an, daß sowol in der Rubrik als im Text zu den Worten: dem Reich ohne Mittel, noch hinzugefügt werden möchte: und sonst keiner andern Gerichtsbarkeit unterworfen. Nun ist zwar dieser von den Fürsten urgirte Zusatz in der Rubrik dieses fünften Titels eingeschaltet, aber nichts destoweniger ist er doch in dem Text ausgelassen, welches nach des Herrn von **Harpprechts** 5) Aeusserungen deswegen geschehen ist, weil diese Erinnerung des Fürstenraths in dem gemeinsamen Reichsgutachten nicht mit befindlich gewesen, und daß es also bey dem §. 62. nach Maßgabe der vorigen Ordnung schlechthin geblieben.

1) Wann demnach eine Reichsstadt einen Prälaten Grafen oder Herren belangen will; so geschieht dies nicht vor die Austräge, sondern vor die Reichsgerichte. Denn obschon eine freye Reichsstadt unmittelbar ist; so hat sie doch das Recht der Austräge nicht in der C. G. O. erhalten cf. Moser im R. H. R. Proc. l. c. p. 777. §. 10.

2) Das ist, denen das Recht der Austräge verliehen ist, sollen sich desselben nur gegen einander bedienen können.

3) Sondern in der C. G. O. von 1521. Tit. XXXIV. war § 17. 18. zugleich von dieser Gattung der Austräge mit disponiret.

4) Wir finden dasselbe beym von Harpprecht l. c. Anl. CXLIII. p. 355. Daselbst heißt es: „Vnd nach dem bei der Rubric und dem Tert des Artikels auch Zweifel fürgefallen, von denen von der freien Ritterschaft, so gleichwol dem heil. Reich ohne mittel, aber darumb dem Kayserl. Cammergericht nit one Mittel, sonder andern Landt- und Vndergerichten von alter hero vnderworffen, vnd sich aber durch die generalitet dieser Rubric vnd

Text von denselben Land- und Vndergerichten selbst auszziehen, oder von andern wider iren willen an das Kay. Chammergericht gezogen werden wolten, ist bedacht, das alles wol bei der Rubric als Text zu diesen Worten dem Reich ohne Mittel rc. hinzugesetzt werde, und sonst keiner andern Gerichtbarkeit unterworffen rc.„

5) l. c. p. 90. §. 117. Es ist aber diese Stelle in dem gemeinsamen Reichsgutachten nicht befindlich, und mithin bliebe dieser §. 2. nach Maaßgab der vorigen Ordnung durchaus bestehen, übrigens dürften die Beweggründe zu dieser Anmerkung des Fürstenraths die damalige nähere Zusammensetzung der Reichsritterschaft ohnzweifentlich an Handen gegeben haben.

§. 41.

So groß auch die Anzahl der Schriften von den Austrägen ist; so übergehen sie doch alle diesen Fall von dem Gerichtsstande eines unmittelbaren von Adel, der zugleich in eines andern Herrn Diensten steht, und dessen Landesherrlichen Gerichtsbarkeit von Altersher unterworfen ist, mit Stillschweigen. Es wird daher nicht überflüßig seyn, wenn ich hievon noch mit zwey Worten rede. Die Fürsten verlangten, daß ein unmittelbarer von Adel, der einer andern Gerichtsbarkeit unterworfen, die Austrägalinstanz nicht haben solte. Es ward auch auf ihre Erinnerung zwar bey der Rubric, aber nicht beym Text selbst Rücksicht genommen, (§. 40.) sondern es blieb bey der vorigen Ordnung. Vermöge derselben soll nun nicht ein jeder Unmittelbarer andern Herrschaften Unterworfener, vor diesen Herrschaften zu Recht stehen, sondern es heißt vielmehr

mehr 1): Und soll sonst ein jeder dem Reich **ohne Mittel nicht**, sondern anderer Herrschaft unterworfen — — bey demselben seinem ordentlichen Richter bleiben. Folglich soll nur die Gerichtsbarkeit der Reichsstände in Absicht ihrer dem Reiche nicht ohne Mittel unterworfenen Unterthanen ungekränkt gelassen werden, die Unmittelbaren hingegen hierunter nicht begriffen seyn. Allein die gleich folgende Worte: oder aber **solchen Sachen halber**, die in eines Churfürsten, Fürsten, oder Herrschaften Gericht, ohne Mittel gehörig, geben hinlänglich zu erkennen, daß ein Reichsunmittelbarer vom Adel zwar für seine Person, und wenn er persönlich belangt wird, von der Gerichtsbarkeit des Landesherrn, in dessen Territorium er Güter besitzt, befreyet sey, daß er aber solche allerdings wegen seiner Güter anerkennen müße, wenn jemand eine Dingliche Klage gegen ihn anzustellen hat. Könnte indessen jemand diese Verordnung noch irgend zweifelhaft finden; so setzet doch der Westphälische Friedensschluß 2) dieses ausser allen Streit. Denn hierinn wird ausdrücklich bestimmet, daß die unmittelbare Reichsritterschaft für sich und ihre Unterthanen mit den übrigen Reichsständen gleiche Rechte geniessen soll, wenn sie nicht etwa wegen ihrer Güter, oder sogar wegen ihrer **Wohnung** andern Reichsständen un-

unterworfen sind. Allein dieser klaren Vorschrift Westphälischen Friedens ungeachtet, hält sich dennoch die unmittelbare Reichsritterschaft nach dem bekannten, und selbst vom Reichshofrath angenommenen Grundsatz: quod immediatus semper & vbique sit immediatus, 3) von der Jurisdiction solcher Landesherrn eximiret. Die hierüber und wegen sonstiger Beschwerden zwischen der Reichsritterschaft und den Reichsständen entstandene Streitigkeiten haben, auch aller Bemühungen ungeachtet, noch zur Zeit auf dem Reichstage ihre Erledigung nicht gänzlich erhalten, sondern sind den Partheyen zum Versuch eines gütlichen Auskommens unter sich, allenfalls aber Ihro Röm. Kayserl. Majestät zur Obriſtrichterlichen Verfügung und Entscheidung empfohlen worden 4).

1) C. G. O. l. c. §. 2.

2) *I. P. O.* art. V. §. 28. Libera & immediata Imperii nobilitas, omniaque & singula eius membra — — nisi forte in quibusdam locis RATIONE BONORVM ET RESPECTV TERRITORII VEL DOMICILII ALIIS STATIBVS REPERIANTVR SVBIECTI, — idem ius habeant, quod supra dictis electoribus, principibus & statibus competit.

3) Der Herr Geh. Justitzr. Pütter hat in seinem 1758. für die Reichsritterschaft gegen die Reichsstadt Heilbronn Namens der Göttingschen Juristenfacultät ertheilten rechtlichen Bedenken diesen Satz gleichfalls vertheidigt. Siehe desselben auserlesene Rechtsfälle (Götting. 1760. f.) p. 221 seq. Der jetzige Hessendarmstädtische Minister Herr Friedrich Carl von Moser aber hat in seinem rechtlichen Bedenken die Gerichtsbarkeit der Reichsstände über die darinn sich aufhaltende Reichsritterschaftliche Canzleyen, und deren Untergebene betreffend, Herrn Pütter zu widerlegen ge-

gesucht. Siehe Mosers kleine Schriften Band 10. und Band 12. n. 3. p. 230 seq.

4) Man sehe hievon das *Conclusum trium Collegiorum S. R. I.* vom 4. Jun. 1704. die Beschwerden gegen die Reichsritterschaft betreffend, in Schmaussens Corp. iur. publ. p. 1130. das Reichsgutachten vom 23. Jul. 1753. und das Ratificationsdecret vom 4. Aug. 1753. in Mosers Staatsarchiv 1753. Tom. II. p. 606 seq. cf. BVRGERMEISTER thesaurus iuris equestris. EIVSD. Codex. diplomat. LVNIGS Reichsarchiv. Part. spec. Cont. III. Selecta iur. publ. nouiss. Th. 28. c. 1. Th. 31. c. 14. Th. 32. c. 7. Staatscanzl. P. 106. c. 3. P. 107. c. 12.

§. 42.

Die letzte Claße der Austräge, oder nach der C. G. O. die dritte Gattung derselben, welche nun noch übrig ist, betrift die Austräge der Fürsten gegen Kläger geringern Standes. Von je her haben die Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige es als einen Vorzug behauptet, daß einer geringern Standes sie vor ihre eigene Räthe belangen müßte 1). Als nun in der ersten C. G. O. von 1495. die Austräge gesetzlich bestimmet wurden, bestanden sie darauf, und erhielten es auch, daß die Prälaten, Grafen, Herren, Ritter, Knechte und die freyen Reichsstädte gegen sie vor ihren eigenen Räthen und zwar vor neun von dem Beklagten besonders hiezu nieder gesetzten Räthen klagen müßten 2). Dieses ward in der C. G. O. von 1500, 3) auf Bürger und Bauern, deren in der ersten C. G. O. gar nicht gedacht

dacht war, erstrecket, jedoch nur auf Bürger und Bauern anderer Stände, und nicht auf eigene Unterthanen 4). Bey diesem einzigen Wege blieb es bis 1521. als in welchem Jahr man sich auf dem Reichstage zu Worms wegen Verbesserung der C.G.O. berathschlagte, (§ 33.) Hier beschwerten sich die Grafen und Herren, und die von der Ritterschaft 5) hauptsächlich über den Artikel des rechtlichen Austrags gegen die Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige, daß sie dadurch nicht förderlich Recht erlangen könnten. Sie stelten vor, daß nach der bisherigen Ordnung ihnen keine Justiz gehörig administriret, sondern die Sachen ungebührlich verschleppt würden, und baten deshalb dringend um Ordnung und Satzung eines billigen, gleichen und förderlichen Rechtens. Man kann leicht denken, daß diese Sprache den Chur- und Fürsten nicht angenehm gewesen. Sie hielten sich auch würklich dadurch beleidiget, und wolten sich anfänglich ihrer Chur- und Fürstlichen Freyheit auf keine Weise begeben. Endlich aber gaben sie nach, und verglichen sich aus Liebe zur Gerechtigkeit, und aus wahrer Fürstlicher Denkungsart hierüber mit den Grafen und der Ritterschaft, damit bey niemand geacht, oder dafür gehalten werden möchte, daß sie des Rechtens Scheu trügen, darinn einigen Vortheil suchten, oder jemand aufhalten und umtreiben wolten 6). Um diese ihre edle und patriotische Gesinnung desto

kennt-

kenntlicher zu machen, verstatteten sie den Klägern acht Wege, worauf selbige gegen sie zu ihrem Rechte zu gelangen suchen könnten.

1) de SENKENBERG l. c. §. 35. Quando autem *a minoris conditionis* proceribus, comitibus nimirum aut Praelatis non principibus, conuenirentur, *eos coram nouem aut paucioribus* CONSILIARIIS SVIS IVS *reddere voluisse*, ET EX ANTIQVA CONSVETVDINE REDDIDISSE, *res satis est plana.* — — Quia enim hi ipsi *in ministerio suo* comites, & barones tanquam consiliarios habebant, non congruum videbatur comites vel praelatos ad alios quam hos remittere. cf. die Constitution Alberts II. von 1438. in der neuen und vollständ. Samml. der R. A. P. I. p. 154.

2) C. G. O. von 1495. Tit. XXVI. Wie Prälaten, Grafen, Freyherren und andere die Churfürsten, Fürsten, und Fürstmäßige zu Recht fordern sollen.

3) Tit. XI. Wie Bürger und Bauern gegen Fürsten und Fürstmäßige Recht bekommen mögen.

4) Da der eben angezogene Tit. XI. der C. G. O. von 1500. nicht groß ist; so wollen wir ihn hier ganz einrücken. Er lautet so: Nachdem in unserer Cammer-Gerichts-Ordnung, des erstgehaltenen Reichstags zu Wormbs aufgericht, nicht ausgedruckt noch versehen ist, wie Bürger und Bauren gegen Fürsten und Fürstmäßige Rechtfertigung üben sollen: (Es ist dies wieder ein Beweis, daß die Austräge auf das engste interpretiret, und über den klaren Buchstab des Gesetzes nicht ausgedehnet werden müssen) Setzen, ordnen und wollen Wir, daß Bürger und Bauren hinführo gegen Fürsten und Fürstmäßige, denen sie nicht unterthan sind, in aller Maas Rechtfertigung üben, und brauchen sollen und mögen, wie im Articul obgemeldter Ordnung von der Rechtfertignng der Grafen, Herrn, Ritterschaft und Reichsstädt gegen Fürsten und Fürstmäßige geschrieben stehet.

Bayerische Staatsbibliothek München

5) C.G.O. von 1521. Tit. XXXIV. pr. Merkwürdig ist es, daß die Prälaten an dieser Beschwerde keinen Antheil genommen; wenigstens wird ihrer in dieser C. G.O. nicht, sondern nur allein der Grafen Herren, und der Ritterschaft erwähnet. In der nachherigen C. G.O. von 1555. aber werden sie P. II. Tit. IV. §. 3. mit als Beschwerde führende genannt, und auch noch besonders der Städte gedacht. verb. Und nachdem sich die Prälaten, Grafen, Herren, die von der Ritterschaft und Städt dieses rechtlichen Austrags gegen den Churfürsten, Fürsten, und Fürstmäßigen etwas hoch beschwerd ꝛc.

6) C.G.O. von 1521. pr. C.G.O. von 1555. l. c. §. 4. C.G.O. ebendas. §. 3.

§. 43.

Alle acht Wege, worauf ein Kläger, der kein Fürst ist, einen Fürsten zu Recht fordern kann, lassen sich füglich auf drey Hauptgattungen reduciren. Die Austräge, vor denen die Untersuchung der Sache angestellet werden soll, sind entweder a) Räthe, die vom Beklagten allein, oder von beyden Partheyen zugleich niedergesetzt werden, oder es wird b) einem dritten unpartheyischen Fürsten, oder c) einem von Kayserlicher Majestät erbetenen Commissarius dieses Geschäft aufgetragen. Unter dieser Eintheilung sind alle acht Wege begriffen, und ich werde deshalb ohne mich an die gesetzliche Ordnung zu binden, selbige bey meiner fernern Ausführung bey behalten. Nach derselben wird auf dem ersten, zweyten, siebenten und achten Wege der Austrägalproceß vor des Beklagten Räthen allein, auf dem fünften

ten und sechsten aber vor solchen Austrägen, die von beyden Theilen niedergesetzt sind, geführet. Es sind also nur zween Wege, da die Austrägalinstanz nicht aus Räthen besteht, welche vom Beklagten, oder von beyden Partheyen ernannt werden. Denn daß sonst alle Austräge darinn übereinkommen, daß die Sache allemal vor Räthen betrieben wird, weil die Fürsten nicht mehr persönlich zu Gericht sitzen, habe ich schon oben (§. 27.) angemerkt. Allein davon ist hier die Rede nicht. Die beyden Wege nun, wo die Partheyen gar keine Räthe zu Austrägalrichtern verordnen, sind der dritte und vierte Weg. Im erstern Fall wird ein unpartheyischer Fürst, und im letztern ein unpartheyischer Kayserlicher Commissarius zu Austrägen bestellet.

§. 44.

So groß der Vortheil für den Kläger ist, auf so vielen Wegen gegen die Fürsten zu seinem Recht gelangen zu können; so geringe würde der Nutzen seyn, wenn dem Kläger auch noch mehrere Wege, die Fürsten zu belangen, eröfnet wären, wenn es von dem Gutdünken des Beklagten abhinge, auf welchem Wege er seinem Gegner zu Recht stehen wolte. Dies wäre in der That nicht einmal so gut, als wenn nur ein einziger Weg gesetzt worden, weil der Beklagte nach seiner Convenienz nur immer den wählen würde, der ihm nach den jedesmaligen besondern Umständen, der vortheilhafteste

scheinet. Gewissermassen könnte man dies eine Electionem fori nennen, welche niemals dem Beklagten eingeräumet wird. Notorisch haben wir in Teutschland in Absicht der beyden höchsten Reichsgerichte 1), des Reichshofraths, und des Kayserlichen und Reichscammergerichts, nur zwey Beyspiele einer solchen Electionis fori, indem ausser dem Könige von Schweden, als Teutschem Reichsstande 2), und dem Braunschweig-Lüneburgischen Hause 3) keinem ein solches Privilegium zustehet. Nach der Regel wählet der Kläger unter mehrern Gerichten, die concurrentem iurisdictionem haben, bey welchem Gerichte er gegen seinen Gegner die Klage anstellen will. Da nun die acht Wege zum Besten des Klägers verordnet sind; so kömmt auch ihm die Wahl allein zu. Zum Ueberfluß aber bestimmet die C.G.O. 4) ganz deutlich: „es solle zu der klagenden Partheyen Willen und Wohgefallen stehen, unter obgemeldten acht Wegen einen zu erwählen, welchen er will, den der Churfürst, Fürst oder Fürstmäßige anzunehmen, dem zu geleben und nachzukommen schuldig seyn soll.„ Es kann demnach der beklagte Fürst die freye Wahl des Klägers auf keine Weise einschränken, oder verlangen, daß er auf einem besondern und keinem andern Wege belangt werden müße, wo er nicht beweisen kann, dieses Recht durch Verträge oder sonsten rechtlich hergebracht zu haben 5). Hat indessen der Kläger einmal gewählt; so kann er nach dem

be-

bekannten Grundsatz: Viam, quam semel elegisti, ambula: den erwählten Weg nachher nicht wieder verlassen, oder begehren; daß der beklagte Fürst ihm andere Austräge setzen solle. Er hätte vorher eine bessere Prüfung anstellen und mit mehrerer Klugheit wählen sollen, weil er es niemand, als sich selber beyzumessen hat, wenn er hiebey unvorsichtig verfahren.

1) Ausser einigen dem R. H. R. allein vorbehaltenen Fällen hat derselbe mit dem R. C. G. gleiche Jurisdictionsbefugnisse, und es steht sowol in erster Instanz dem Kläger, als in zweyter dem Appellanten frey, bey welchem dieser beyden Reichsgerichte er seine Klage oder Appellation anbringen will. IO. STEPH. PVTTER diss. de summorum imperii tribunalium concurrente iurisd. eiusque conflictu in caussis antiquiorib. ex ipsor. tribunal. orig. diiudicando. Gott. 1760. in opusc. rem. iud. imp. illustr. p. 334. seq. IO. DAN. GVTHER de causis excelsiss. iudicium imper. aul. fundant sine concurrentia cum iudicio camerali. Frcf. 1760.

2) I. P. O. art. 10. §. 12. — — — Caesarea Maiestas *liberum eis* (scil. Regibus Sueciae) *relinquit, vt pro sua commoditate forum eligant, vel in aula caesarea vel camera imperiali, vbi actionem intentatam excipere velint.* Teneantur tamen *intra tres menses* a die denunciatae litis sese declarare, coram quo iudicio se sistere velint.

3) Dies Privilegium ist dem Herzogl. Hause Braunschweig-Lüneburg den 24. Nov. 1648. vom Kayser Ferdinand III. ertheilet, und ihnen zween Monat Bedenkzeit eingeräumet. Am 18. Apr. 1651. ist es beym R. C. G. insinuirt, und durch ein Erkenntniß vom 4. Jun. 1652. für insinuirt angenommen worden. RODING pand. cam. p. 373. seq. FRANC. DOM. HAEBERLIN diss. de priuileg. elect. fori Augustae Domus Brunsu. Luneburg. Helmst. 1760.

4) C.G.O. von 1521. Tit. XXXIV. §. 14. C.G.O. von 1555. P. II. Tit. IV. §. 17. Conc. d. C.G.O. ebend. §. 20.

5) HARTMANN HARTMANNI pract. obs. L. II. T. 1. in addit. n. 8. Altercatum quoque in dicta camera fuit, num subditus, vel alius quidam priuatus non immediate imperio subiectus, principem imperii conuenire volens, habeat praescripta ordinationis camerae remedia, scil. die Austräg libro ordinationis primo contenta, vel princeps requisitus possit cogere hoc casu subditos vel alios, vt coram suis consiliariis desuper deputatis, als der neun räthen agant? & an actores hoc remedio contenti esse debeant, vel vti possint aliis ordinationis remediis? & decisum tandem fuit, principem teneri probare, se ius hoc ex consuetudine, vel vsu habere, quod tali casu, talique modo coram suis consiliariis conueniri debeat, & quod electio penes actores non sit, was sie sich sonst für eines Austrags der Ordnung gegen ihn gebrauchen wollen. Ita pronunciatum fuit 29. Decembris anno 1564. in causa Wolffgangs Mulichs contra Ducem Io. Frieder. Saxoniae & consortes, nec non ante & post aliis quam plurimis in causis.

§. 45.

Das den Fürsten competirende Austrägalrecht erstreckte sich anfänglich nicht auf Bürger und Bauern, sondern ward erst in der C. G. O. von 1500. auf diese mit gerichtet. (§. 42.) Weil aber hierinn nur solche Bürger und Bauern genannt werden, welche dem Beklagten nicht unterthan sind; so scheint es fast, daß die Fürsten in Streitigkeiten mit ihren eigenen Unterthanen denselben vor die Austräge zu Recht zu stehen nicht schuldig sind, sondern daß sie sich in einem sol-

solchen Fall des Vorrechts der Fürsten in ihrer eigenen Sache Richter zu seyn, bedienen können, und daß die Unterthanen sie vor ihren eigenen Gerichten belangen müssen 1). Allein da in der nachherigen C. G. O. von 1555. 2) verordnet ward: „daß solche Austräge der Prälaten, Grafen, Herren, Ritterschaft und Städte, in aller Masse, wie die obgesetzt, auch mit denen Bürgern, Bauern und andern Unterthanen gegen den Fürsten und Fürstmäßigen Statt haben, und wie obgemeldt, gehalten werden sollen;„ da hierinn die vorige Einschränkung aus der C. G. O. von 1500. gegen Fürsten und Fürstmäßige, denen sie nicht unterthan, wolbedächtlich ausgelassen worden; und da endlich Statt der Bürger und Bauern, deren nur allein Meldung geschehen, noch hinzugefügt worden, und andere Unterthanen: so sind ausser allem Streit auch in Sachen der Unterthanen gegen ihren Landesherrn die Austräge genau zu beobachten. Und dieses um so mehr, da die C. G. O. 3) hernach unter dem Titel: Wie und vor welchem Richter Entsetzung halb, die nicht friedbrüchig, gehandelt soll werden, der eigenen Unterthanen wörtlich gedenket. Hier in Mecklenburg ist es wenigstens ausser allem Streit, indem sowol durch Landesreversalen 4) mit den Ständen, als durch Erbverträge 5) mit der Stadt Rostock festgesetzet ist, daß die Streitigkeiten der Stände gegen ihren Landesherrn vor Austrägen entschieden werden sollen.

 1) Es

1) Es ist auch zu nicht leugnen, daß es in verschiedenen, wo nicht in den mehresten Provinzen Teutschlandes durch Gesetze, oder doch durch die Observanz hergebracht sey, daß der Landesherr von seinen Unterthanen vor seinen eigenen Gerichten verklagt werden müsse. So wird der König von Schweden, als Herzog von Pommern bey seinem Tribunal zu Wismar, und der König von Großbrittannien, als teutscher Reichsstand von seinen Unterthanen vor dem Oberappellationsgericht zu Celle belanget. Unsere Durchlauchtigste regierende Herzöge zu Mecklenburg haben es sogar in dem Landesgrundgesetzlichen Erbvergleich an verschiedenen Stellen gnädigst versprochen, vor den Landesgerichten ihren Unterthanen zu Recht zu stehen, wobey die Landesgerichte im §. 399. angewiesen sind, in allen das Interesse des Herzogs angehenen Sachen, die Acten zu verschicken, damit die Partheyen um so mehr die größte Unpartheylichkeit sich versprechen können.

2) P. II. T. IV. §. vlt.

3) Siehe die C. G. O. von 1555. P. II. T. VIII. §. 3. Conc. der C. G. O. ebendas. §. 2. — — — Oder so ein Churfürst, Fürst oder Fürstmäßige eines andern Churfürsten, Fürsten, oder Stands Unterthanen, oder einen seiner eigen Unterthanen unter ihme selbst gesessen, — — des Seinen — — entsetzen würde tc.

4) S. Landesreversales von 1572. §. 3. Wolte auch jemand Uns selbst besprechen, so wollen Wir vermöge des heiligen Reichs Austräge, oder vermittelst Niedersetzung der Parium Curiae, einem jeden unweigerlichen Rechts pflegen. — —

5) Rostocker Erbvertrag vom 21. Sept. 1573. §. Begebe sichs auch, das Bürgermeister, Rath und Gemeine, wieder ihre F. G. oder derselbigen Nachkömmling, rechtlich zu klagen hetten, So sollen sie solches vermöge des Heiligen Reichs Austräge, auf der Wege einen, die der Kay. Cammergerichtsordnung im andern Theil, und vierdten Capittel einverleibt seyn, thun und fürnemen.

§. 46

§. 46.

Austräge, welche die Streitigkeiten der Landesherren mit ihren Unterthanen, oder der Prälaten, Grafen, Herren und anderer mit Chur- und Fürsten untersuchen und entscheiden sollen, müssen gewiß kluge, redliche, und der Rechte kundige Männer seyn. Die C. G. O. verlangt, daß der Beklagte trefliche Räthe niedersetzen solle, und und belegt die von dem Beklagten zu ernennende Personen allein mit dem Namen Räthe. Schlägt der Kläger aber, wie ihm nach dem fünften und sechsten Wege frey stehet, gleichfalls einige Personen zu Austragsrichtern vor, so werden diese nicht Räthe, sondern redliche, verleumbte, ehrbare und unpartheyische Personen genannt. Wenn ich aber das Wort: Räthe gebrauche; so nehme ich es in einem so allgemeinen Verstande, daß ich auch die vom Kläger ernannte Austragsrichter mit darunter begreife.

§. 47.

Der erste Weg, den die Reichscammergerichtsordnung einem Kläger geringern Standes gegen einen Fürsten einräumet, erfordert neun Räthe des Beklagten, unter welchen wenigstens fünf vom Adel 1) seyn sollen. Man muß aber ja nicht glauben, daß hier die Adelichen den Gelehrten so entgegen gesetzt werden, daß jene gar keine Rechtskenntnisse bedürfen, sondern es sind hierun-

ter Gelehrte vom Adel 2) zu verstehen. Ob aber durch die Worte: **aus dem Adel** nur allein Ritterbürtige angedeutet werden sollen, oder ob es genüge, wenn gleich jemand **nur** erst für seine Person in den Adelstand erhoben wäre, darüber sind die Gelehrte unter sich nicht einig 3). Da die C. G. O. dies nicht deutlich bestimmet; so müssen wir zur Analogie unsere Zuflucht nehmen. Und da finden wir, daß nach dürrer Vorschrift der C. G. O. 4) die auch noch beständig genau beobachtet wird, niemand die Stelle eines Reichscammergerichtsbeysitzers erhalten kann, er sey **dann der Rechte gewürdigt,** oder aus der Ritterschaft **geboren.** Kann nun einer der nicht ritterbürtig, sondern erst **neugeadelt** ist, kein Assessor beym Reichscammergericht werden, wenn er nicht vorher der Rechte gewürdigt worden; so kann man nach der Analogie nicht anders schliessen, als daß die aus dem Adel zu bestellende Räthe besonders aus der Ritterschaft **Geborne** seyn müssen. Diese Meinung erhält dadurch noch ein grösseres Gewicht, daß von je her die Doctores dem **alten Adel** gleich geachtet worden 5), und alle Privilegien der Adlichen geniessen, ja daß sie sogar in vorigen Zeiten denen von der Ritterschaft vorgezogen worden. Nichts destoweniger aber zweifle ich, ob deswegen die Austräge als Ordnungswidrig verworfen werden können, wenn unter den fünf Räthen, die aus dem Adel genommen

men werden sollen, etwa einer oder der andere erst ganz kürzlich vom Kayser das Recht erhalten hätte, seinem Namen ein von vorzusetzen. Wenigstens glaube ich, daß bey der Seltenheit würklich zum Stand gekommener Austräge, es allemal schwer seyn werde, hierinn aus der Praxis etwas mit Gewißheit zu behaupten. Auf allen Fall aber würde es doch nie einem Kläger zu rathen seyn, auf Kleinigkeiten zu bestehen. Er würde hiedurch vielleicht einen Proceß über den rechten Sinn der C. G. O. veranlassen, und seine Sache, an deren Beendung ihm doch vor allen Dingen gelegen ist, unausgemacht liegen lassen müssen. Ich sehe auch keinen Grund ein, warum der Neuadliche dem Kläger nicht so gut nach Eyd und Gewissen unpartheyisch Recht sprechen solte, als der Altadliche.

1) C. G. O. von 1521. Tit. XXXIV. §. 1. Erstlich daß der Articul mit den neun Räthen, inmassen der in voraufgerichter Ordnung gesetzt, bleiben soll, mit dem Zusatz, daß unter denselben neun Räthen zum wenigsten fünff von Adel seyn sollen. C. G. O. v. 1555. P. II. T. IV. §. 5. Concept der C. G. O. ebendas. §. 4.

2) *Schubhard* de Austraeg. c. VI. n. 29. cf. C. G. O. zu Costanz v. 1507. I. §. T. I. in fine. der andere ein redlicher, Gelehrter und verständiger Graff, Herr oder Rittermäßiger Mann seye.

3) BLUME l. c. n. 101. behauptet, daß auch Neuadliche hierunter mit begriffen würden. DECKHERR l. c. ad n. 101. vertheidigt das Gegentheil, und widerlegt BLUME mit guten Gründen. Dieser Meinung ist auch RODING in Pand. iur. cam. L. I. T. IV. c. 3. §. 11 Quod de nobilibus *equestris ordinis* von recht rittermäßigen Leuten, non vero de talibus, quorum parentes

rentes vel aui primum nobilitati fuerunt intelligendum.

4) von 1495. Tit. I. §. 1. —— die redlichs, erbarn Wesens, Wissens, Uebung, und jeder halbe Theil der Urtheiler der Rechten gelehrt und gewürdigt, und der andere halbe Theil auf das geringste aus der Ritterschaft gebohren seyn solle. C. G. O. zu Costanz von 1507. T. I. §. 1. 2. C. G. O. von 1521. T. I. und T. IV. C. G. O. von 1555. P. I. T. I. §. 3. 4. R. D. A. von 1557. §. 18. Concept der C. G. O. P. I. T. I. §. 3. Jedoch im Fall die geistliche Churfürsten der Rechten gewürdigte, und die weltliche Churfürsten aus der Ritterschaft gebohrne, qualificirte und geschickte Personen, nach möglichem angewandten Fleiß nicht bekommen möchten: Alsdann soll Ihnen allen, und einem jeden für sich bevorstehn, frey und zugelassen seyn, aus der Ritterschaft gebohrne, ob die gleich der Rechten nicht gewürdiget, oder aber graduirte und der Rechten gewürdigte Personen, ob die gleich nicht aus der Ritterschaft gebohren —— zu präsentiren und darzugeben.

5) S. IO. GE. CRAMER de iuribus & praerogatiuis nobilitatis auitae c. IV. §. 8. PHIL. KNIPSCHILD de nobilitate sagata & togata L. I. cap. VI. n. 75 seq. PETR. ab ANDLO de imperio Rom. L. II. c. XI. *quilibet*, sagt er, *Doctor dicitur* NOBILIS, *& gaudet priuilegio* NOBILIVM, & si viginti annis in cathedra legerit Comitis priuilegio gaudere debet. Weil die Doctores beständig dieselbigen Vorzüge, Freyheiten und Rechte der Altadlichen genoßen, und auch noch genießen; so läßt sich auch hieraus erklären, warum die Doctores für Stiftsfähig gehalten werden. I. P. O. art. V. §. 17. cf. Des berühmten Göttingschen Rechtslehrers GE. LVD. BOEHMER obseru. de iure promotorum adspirandi ad beneficia ecclesiastica. in eius obseru. iur. canon. (Gott. 1769.) obs. vlt.

§. 48.

Ehe ich von den verschiedenen Wegen selbst handle, muß ich nur überhaupt bemerken, daß bey allen

allen acht Wegen, den vierten allein ausgenommen, die Requisition auf die Austräge nie aus der Acht zu lassen sey 1). Sobald der Kläger mit der Wahl fertig ist, muß derselbe den beklagten Fürsten ersuchen, ihm deshalb auf dem Wege, der ihm der vortheilhafteste zu seyn scheint, und den er ihm zugleich anzeigt 2), Rechts zu pflegen. Ist nun die Wahl auf den ersten Weg gefallen; so bittet der Kläger den Fürsten, dem er kurz den Grund seiner Forderung anzeigt, ihm nach Vorschrift der C. G. O. vor seinen neun Räthen zu seinem Recht zu verhelfen. In dem nächstfolgenden Monat 3) nach der dem Beklagten geschehenen Requisition muß hierauf der erforderte Churfürst, Fürst, oder Fürstmäßige den Kläger vor seine Räthe an seinem Hofe ungefährlich zu Recht vorbescheiden, und auf denselben, und andere nachfolgende Gerichtstäge neun seiner treflichen Räthe an seinem Hofe zu Recht niedersetzen, die aus dem Adel, und den Gelehrten genommen werden sollen 4), und worunter wenigstens fünf von Adel seyn müssen (§. 47.) Bey den Austrägen der ersten, zweyten und vierten Ordnung wird, wie wir im vorhergehenden gesehen haben, die Erörterung und Entscheidung der Sache einem dritten unpartheyischen Fürsten, oder Kayserlichen Commissarius überlassen. Da nun diese gar kein Interesse dabey haben, daß der Proceß verschleppt werde; so ist ihnen auch keine Zeit vorgeschrieben, binnen welcher sie die Ladung erlassen sollen, sondern ihnen nur ganz generell

rell aufgegeben, förderlich einen Rechtstag anzuberahmen. Allein da hier die Sache vor des Beklagten eigenen Räthen verhandelt wird, und derselbe seines dabey einschlagenden Interesse halber leicht bewogen werden könnte, die Untersuchung ungebührlich zu verzögern; so hat die C. G. O. um diesem vorzubeugen, wohlbedächtlich gesetzet, daß die Citation innerhalb Monatsfrist geschehen solle. Es versteht sich hiebey von selbst, daß es nicht genug sey, wenn etwa die Citation decretirt worden, sondern daß sie auch dem Kläger binnen Monatsfrist wirklich insinuirt seyn müße. Solte indessen der requirirte Fürst durch rechtliche gültige Ehehaften verhindert werden, binnen dieser Zeit die Ladung zu erlassen; so ist er dadurch noch nicht gleich seiner Austrägalinstanz verlustig. Denn wenn gleich die C. G. O. schlechthin zu erfordern scheinet, daß die Vorladung in dem nächstfolgenden Monat geschehen soll: so zeigt doch die nachherige Verordnung von den Austrägen wegen gemeiner schlechten Entsetzung 5) daß dieser Termin den Umständen nach allerdings verlängert werden könne. In Sachen, welche gemeine schlechte Spolien — in der Sprache der Gesetze zu reden — betreffen, sollen dem Beklagten im Fall redlicher und erheblicher Verhinderung, sogar sechs Wochen hiezu eingeräumet werden, und nur dann erst, wenn binnen dieser Zeit die Ladung nicht erlassen ist, die Sache an das Kayserliche Cammergericht devolvirt seyn. Und doch soll bey dieser Art der Aus-

träge

träge schleuniger und geschwinder verfahren werden, als bey den ordentlichen. Es folgt also unläugbar, daß, wenn bey den gemeinen Spolienausträgen die Ladung aufs längste sechs Wochen ausbleiben kann, solches noch desto eher bey den ordentlichen Austrägen verstattet werden müße, wenn redliche gültige Ehehaften eine solche Verzögerung rechtfertigen.

1) Es ist deshalb alles dasjenige hier gleichfalls zu beobachten, was oben von der Requisition und deren Insinuation vorgekommen. S. C. G. O. v. 1495. Tit. XXVI. §. 1. In jeden diesen oder dergleichen Fällen ungefährlich soll der Kläger den Churfürsten, Fürsten, oder Fürstmäßigen wie obgemeldt, (nemlich Tit. XXIV.) ersuchen, ihm darum Rechtens für seinen Räthen zu pflegen. C. G. O. v. 1555. P. II. T. IV. §. 1. Concept der C. G. O. ebendas. pr.

2) C. G. O. von 1555. P. II. T. VIII. §. 3. — — so soll er Macht haben, der Austräg einen, — — nach seinem Gefallen zu erwählen, darauf er auch dem Churfürsten — — solchen Weg lauter und unterschiedlich anzeigen und dabey bitten soll, ihme demselben erwählten Weg gemäß, die neun oder andere Räthe, oder die erwählte, oder verordnete Personen, samt den Räthen niederzusetzen.

3) Sowol nach dem Römischen Recht L. 101. D. de Reg. iur. als nach der C. G. O. von 1555. P. II. Tit. XXX. §. 4. und Concept der C. G. O. P. II. T. XXXIII. §. 4. wird ein jeglicher Monat zu dreyßig Tage gerechnet.

4) C. G. O. von 1495. Tit. XXVI. §. 2. alsdann in dem nechst folgenden Monat soll der erforderte Churfürst, Fürst, oder Fürstmäßige den Kläger für seinen Räthen an seinem Hof ungefährlich zu Recht für bescheiden, und auf demselben und andern nachfolgenden Gerichtstägen neun seiner fürtreflichen Räthen an seinem Hof zu Recht nie-

niedersetzen, die aus dem Adel, und denen Gelehrten genommen werden sollen ungefährlich C. G. O. von 1555. P. II. Tit. IV.

5) C. G. O. von 1555. P. II. Tit. VIII. §. 4. Und soll derselbig Churfürst, Fürst oder Fürstmäßig schuldig seyn, in einem Monat den nächstfolgenden, oder, so er redliche, erhebliche Verhinderung hätt, aufs längst in sechs Wochen — — — niederzusetzen, also daß der Kläger seine Rechtfertigung in Monatsfrist, oder sechs Wochen, wie obgemeldt, — — — durch Ausbringung gewöhnlicher Citation anfahen — — — möge.

§. 49.

In allen woleingerichteten Staaten ist es allemal ein Haupt- und Fundamentalgesetz, daß keine Gerichtsperson in Sachen, worinn sie vorher gerathen oder advocirt, urtheilen darf 1). Dies würde mit der Unpartheylichkeit streiten, die eine Haupteigenschaft des Richters ist. Die C. G. O. 2) befiehlt deshalb sehr weislich, daß derjenige, der in der Sache wider den Kläger mit der That gehandelt hat, nicht niedergesetzt werden soll. So wenig in der C. G. O. als sonsten bey irgend einem Schriftsteller wird es erkläret, was hier der Ausdruck **mit der That gehandelt**: bedeuten solle. Meiner geringen Einsicht nach kann hier unter **That** nichts anders verstanden werden, als wer dazu gerathen, daß der Kläger in seinem vermeintlichen Rechte beeinträchtiget worden. Wolte man sich aber hier eine widerrechtliche That, wo per viam facti procediret worden, gedenken; so würde die Sache vor den Austrägen wegen gemei-

meiner schlechten Spolien 3), und nicht vor den ordentlichen Austrägen verhandelt werden müssen. Ich glaube deshalb nicht zu irren, wenn ich behaupte, daß solche Räthe, welche in der Angelegenheit des Klägers dem Beklagten Rath ertheilet, in derselben Sache nicht zu Austragsrichtern bestellet werden können. Sonst hat der Beklagte völlig uneingeschränkte Freyheit, was er für Räthe zu Austrägen ernennen will, und der Kläger muß sich solches schlechthin gefallen lassen, ohne daß ihm dabey eine Wahl zukömmt.

1) C. G. O. v. 1555. P. I. Tit. XIII. §. 15. Conc. der C. G. O P. I. Tit. XVIIII. §. 8. „Es sollen auch die Beysitzer in denen Sachen, darinn sie zuvor, ehe sie Beysitzer worden, advocirt, oder sonst in andere Weg sich gebrauchen lassen, die Zeit sie im Beysitzerstand seyn, weiter Advocirens, oder Consulirens enthalten, und sich derselben gänzlich entschlagen.„ In den Mecklenburgischen Landen ist solches gleichfalls den Gerichts-Personen ernstlich untersaget. Siehe Mecklenb. Land- und Hofgerichtsord. P. I. T. IV. §. Würde auch eine Sache ꝛc. und Tit. XVI. Meckl. Gustrow. Canzleyordn. P. I. T. III. §. 4.

2) von 1495. Tit. XXVI. §. 1. Doch, daß der Amtmann, der in der Sachen wider den Kläger mit der That gehandelt hätte, nicht niedergesetzt werde.

3) Siehe die C. G. O. von 1555. P. II. Tit. VIII. §. 1. Nachdem sich der gemeinen schlechten Spolien halben, so nicht mit gewaltiger That, aber doch wider Recht geschehen. — — — Hier wird also offenbar von dem Fall geredet, wenn einer mit der That, via facti, und nicht via iuris verfahren.

§. 50.

Sind nun die neun Räthe gehörig ernannt, und sollen dieselben ein ordentliches Austrägalgericht formiren; so muß auch bey ihnen, so wie bey einem jeglichen andern Collegium, jemand seyn, der die Geschäfte dirigiret, zur Seßion ansagen lässet, und überhaupt dasjenige besorget und anordnet, was eigentlich sonst die Verrichtung und das Amt eines Directors oder Vorsitzenden im Collegium mit sich bringet. Dieser Vorsitzende im Austrägalgericht wird nach dem alten Heerkommen 1) ein Richter genannt, und von dem Beklagten aus den neun Räthen erwählet. Damit auch der Verdacht der Partheylichkeit, der freylich wol nicht ganz verschwinden wird, weil der Kläger sein Recht Männern anvertrauen muß, die in des Beklagten seines Gegners Diensten stehen, doch so viel möglich vermieden werden möge: so sollen diese neun zu Austrägen niedergesetzte Räthe nicht nur darauf vereydet werden, beyden Theilen nach ihrem besten Verständniß Recht zu sprechen, und gleiche Justitz zu administriren 2), sondern sie sollen auch insbesondere von allen Eyden und Pflichten, womit sie dem Beklagten verwandt sind, entbunden seyn 3). Als einen grossen Vorzug muß ich hiebey anführen, daß diese neun Räthe sich selbst beeyden, jedoch muß es in Gegenwart des Klägers oder seines Anwalds geschehen, und zwar so, daß zuerst der vom Beklagten ernannte Richter von den acht Räthen, und von diesen der Aelteste wieder von ihm

ihm den Eyd empfängt, daß sie ohne irgend einige Hinderniß beyden Theilen unpartheyische Gerechtigkeit handhaben wollen.

1) In Teutschland bestand von je her das Gericht aus einem Richter, und Schöppen oder Urtheilern. Siehe hievon des berühmten Hofraths Christian Fried. Ge. Meisters vollständige Einleitung zur peinl. Rechtsgelehrs. in Teutschl. erst. B. p. 67. (Götting 1764. 4.)

2) C.G.O. von 1495. l. c. Und soll einer aus denen neun Räthen, den der Beklagte für einen Richter ernennen wird, in Beyseyn des Klägers, oder seines Generals von denen acht Räthen, und der älteste von denen acht Räthen wiederum von ihme einen Eyd empfan, daß sie oder er in solcher Sachen nach beyder Theile Fürbringen, und ihrer, oder seiner besten Verständniß Recht sprechen, und darinn keinerley Gefährlichkeit gebrauchen, oder sich daran nicht verhindern lassen wollen. C.G.O. von 1555. P.II. T.IV. §. 1. Conc. der C.G.O. ibid. pr.

3) C.G.O. v. 1495. l. c. Dieselbe neun Räthe sollen auch aller Gelübd und Eyd in der oder andere Sachen, die für sie in Recht bracht werden, so lang die unentscheiden hangen, ledig seyn und bleiben, so viel sie solch gelübd und Eyd darin zu sprechen verhindern solte oder möchte. C.G.O. v. 1555. l. c. §. 2 Conc. der C.G.O. l. c. §. 1.

§. 51.

Allein was half es den Prälaten, Grafen, Freyherrn und andern, die einen Fürsten belangen wolten, daß in der C.G.O. dafür gesorgt ward, daß so viel nur irgend möglich war, der Verdacht der

Partheylichkeit von den bestallten Austrägen entfernt bleiben möchte? Sie solten doch schon vorher am Hofe des Beklagten erscheinen, dort ihre Klage anbringen und der Beeydigung der Räthe selbst oder durch ihren Sachwald beywohnen. Natürlich mußten sie also in den Stand gesetzt werden, daß sie mit Sicherheit dieses besorgen konnten. Zu dem Ende soll auch der beklagte Churfürst, Fürst, oder Fürstmäßige dem Kläger und denen, so er ungefährlich mit sich bringen, oder von seinetwegen schicken wird, zu denen Gerichtstägen zu kommen, dabey zu seyn, und wieder an ihre Gewahrsame sein ungefährlich Geleit zuschreiben„ 1). Ein solches sicheres Geleit, muß dem Kläger gleich in der Citation ertheilt werden 2), wenn der Beklagte ihn an seinen Hof vorladet.

1) C. G. O. v. 1495. l. c. §. 2. C. G. O. von 1555. l. c. Diese Verordnung, so heilsam sie an sich ist, schreibt sich wahrscheinlicher Weise noch aus den Zeiten des Faustrechts her, indem bey Errichtung des Reichscammergerichts die Befehdungen noch im vollen Gange waren. Man vergleiche hiebey, was die Goldne Bulle cap. I. vom Geleite der Churfürsten disponiret, wenn sie zur Wahl eines Römischen Kaysers reisen.

2) de CRAMER in system. proc. l. c. §. 311.

§. 52.

Auf diese Art war nun zwar die Person des Klägers sicher gestellt, daß er für sich und die Seinigen frey hin und her reisen konnte, wenn er nur keinen offenbaren Landfriedensbrecher, oder einen ab-

abgesagten Feind des beklagten Fürsten mitbringet. Allein nichts destoweniger hielten die Prälaten, Grafen und Herren es für ein grosses Hinderniß der Justitz, daß das Austrägalgericht am Hofe des beklagten Fürsten gehalten werden solte. Sie glaubten, daß sie nicht förderlich Recht bekommen würden, wenn die Austräge in der Residenz des Fürsten wären, weil selbige durch die beständige Gegenwart des Fürsten, mit dem sie doch als Räthe immer in einiger Verbindung blieben, wenn gleich nicht abgeschreckt, doch durch allerley Mittel und Wege in unpartheyischer Verwaltung ihres Amts abgehalten werden könnten. Und dies scheint mir der einzige Grund zu seyn, weshalb dem Fürsten in diesem Fall es zur Pflicht gemacht ist, seine Räthe von der Residenz nach einem andern Ort zu verlegen, welcher jedoch von dem alleinigen Gutdünken des beklagten Fürsten abhänget. Denn da die C. G. O. 1) nur bloß sagt: „Und sollen Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige in obgemeldten zweyen Fällen (nemlich dem ersten und zweyten Wege) ihre Räthe **zu verlegen schuldig seyn**„ ohne hiezu die Einwilligung des Klägers, oder die Vereinbarung beyder Partheyen über den Ort, wohin die Räthe verlegt werden sollen, zu erfordern, oder nöthig zu achten; so kann man hierinn dem Beklagten das Recht, den Ort nach seiner freyen Willkühr zu bestimmen, wohl nicht absprechen.

1) v. 1555. P. II. T. IV. §. 7.

§. 53.

Ich verbinde mit diesem ersten Wege zugleich den achten Weg, weil auch hier die Austräge aus **neun** Räthen des Beklagten bestehen, und weil er wenig, oder nichts vom ersten Wege unterschieden ist. Darinne glaube ich indessen einen Unterschied anzutreffen, daß beym ersten Wege der requirirte Fürst aus neun Räthen einen zum Richter ernennen kann, welchen er will, (§. 49.) an statt daß ihm beym achten Wege diese Wahl nicht zustehet, sondern der Aelteste unter den neun Räthen schlechthin die Stelle eines Richters vertritt, und die andern beeydiget 1). Es entsteht hiebey die Frage: ob derjenigen der Aelteste sey, der am längsten in Diensten gestanden, oder der die mehresten Jahre hat? Die C. G. O. läßt es unentschieden. **Roding** 2) ist der letzteren — und **Joh. Ulr von Cramer** 3) der erstern Meinung. So viel ich davon urtheilen kann, scheint mir **Cramers** Meinung die richtigste, und zwar nach der Analogie von andern Gerichten. In allen Collegien hat gewöhnlich derjenige den Vorzug vor den übrigen, der am längsten in Diensten gestanden, wenn er gleich sonst jünger an Jahren ist, mithin muß auch in diesem Fall, da von lauter Räthen, die alle in des Beklagten Diensten stehen, die Rede ist, unter dem Aeltesten derjenige verstanden werden, der dem Beklagten am längsten gedienet, ohne daß die Jahre, oder ein höherer Charakter hiebey in Betrachtung kommen. Den zweyten Unterschied

finde

finde ich in der Verlegung der Räthe. Hiezu ist der erforderte Fürst im ersten Wege verbunden, aber nicht im achten. Dieses sind aber auch nach meinem wenigen Ermessen die einzigen Unterschiede zwischen dem ersten und achten Wege. Es glaubt zwar der Herr Geh. Justizr. **Pütter** 4) mit dem Herrn von **Neumann** 5) daß darinn noch ein Unterschied sey, daß beym achten nicht so, wie beym ersten der Beklagte wegen Ernennung der neun Räthe nothwendig requirirt werden dürfte. Allein wenn ich meine Meinung sagen darf; so ist hierinn der achte Weg vom ersten gar nicht unterschieden, sondern in beyden Fällen die Requisition durchaus nothwendig (§. 48.) Wie kann auch der Beklagte wissen, daß er dem Kläger in Gemäßheit des achten Weges neun Räthe setzen soll, wenn dieser jenen nicht besonders ersucht, ihm auf diesem Wege Recht zu pflegen? Und doch verlangt die C. G. O. 6) ausdrücklich eine solche bestimmte Anzeige. Die Worte: **Soll und mag ein Churfürst, Fürst oder Fürstmäßiger neun Räthe, unter welchen zum wenigsten fünf von der Ritterschaft seyn sollen, ernennen und setzen** 7), schliessen auch keineswegs die Requisition aus, als woran es niemals fehlen darf.

1) C. G. O. vom 1521. T. XXXIV. §. 9. Und in beyden jetzt gemeldeten Fällen, soll der Aelteste unter benennten Neunen des beklagten Churfürsten, Fürstens oder Fürstmäßigen Räthen in Beyseyn des Klägers oder seines Anwalts von einem jeden der andern acht Räthe, und denn der Aelteste unter denselben acht Räthen wiederum

von ihm einen Eyd empfahen ꝛc. C. G. O. v. 1555. l. c. §. 14. Concept C. G. O. l. c. §. 16.

2) l. c. §. 6.

3) l. c. §. 317.

4) in noua epit. proc. imp. (Gott. 1757.) §. 182.

5) IO. FRID. WILH. de NEVMANN de WOLFSFELD der sich unter den Anfangsbuchstaben J. F. W. de N. de W. verbergen wollen) in princ. proc. iud. imp. aul. (Frcf. & Lipſ. 1747. 4.) pag. 111. niſi quod in via *prima* reus de conſiliariis nominandis requiſitus eos proponat, & in caſu *octauo* reus deſuper praeciſe non requiſitus (ſed tantum in genere) ſuos conſiliarios ſiſtat.

6) C. G. O. v. 1555. P. II. T. VIII. §. 3. Concept. C. G. O. ibid.

7) C. G. O. von 1521. l. c. §. 8. C. G. O. v. 1555. P. II. T. IV. §. 14. Concept. C. G. O. ibid.

§. 54.

Findet der Kläger es aber seiner Convenienz nicht gemäß, vor so vielen Räthen des Beklagten seine Sache zu verhandeln; so kann er aus den ihm vom Beklagten gesetzten neun Räthen fünf oder sieben auswählen, die dann eben so, wie die neun Räthe zu sprechen und zu handeln Macht haben 1). In Absicht der Beendung und Bestellung dieser Austräge ist dieser zweyte Weg von dem ersten gar nicht unterschieden. Und eben deswegen kann man auch dem Beklagten das Recht nicht streitig machen, aus den sieben oder fünf Räthen einen zum Richter zu erwählen, den er dafür annehmen will. Allein eben so ist er auch im Gegentheil schuldig, wie beym ersten Wege (§. 52.) seine Räthe zu verlegen. Und da unter neun Räthen wenigstens fünf von

Adel seyn sollen; so müssen nach dieser Proportion unter sieben vier, und unter fünf gewiß drey von der Ritterschaft seyn, ob ich mich gleich nicht mit Gewißheit zu behaupten getraue, daß auf diese Weise die Wahl des Klägers eingeschränkt werden könne.

1) C. G. O. von 1521. l. c. §. 2. C. G. O. v. 1555. l. c. §. 6. Concept. C. G. O. l. c. §. 5.

§. 55.

Es hat indessen der Kläger nicht nöthig, die Wahl der zu Austrägen niederzusetzenden Räthe dem Beklagten zu überlassen. Der siebende Weg verstattet es ihm, sich aus allen **Räthen** des Beklagten fünf auszusuchen, welchen er die Untersuchung seiner Sache anvertrauen will. Jedoch kann der beklagte Fürst sich vorher einen, oder zween Räthe, deren er sich in dieser Sache zu bedienen gemeint ist, ausbedingen und vorbehalten 1). Es muß demnach der Kläger, wenn er den siebenden Weg erwählet, gleich bey der Requisition den Beklagten ersuchen, ihm anzuzeigen, was er sich für Räthe in dieser Sache reserviren wolle, und alsdenn erst kann der Kläger sich aus den übrigen Räthen des Beklagten fünf auswählen 2). Ob er aber diese Wahl unter allen Räthen des Beklagten anstellen könne? oder ob er nur unter den Räthen wählen dürfe, die der Fürst in seiner Hofhaltung hat? Dies ist zweifelhaft. Aus der Disposition der C. G. O. 3) „Wo aber der Chur-

fürst, Fürst, oder Fürstmäßige nicht so viel Räthe in seiner Hofhaltung hätte; so soll der Kläger aus des Beklagten Amtleuten, Vögten, Pflegern, oder Lehnmannen des Adels die übrigen Summen ergänzen und ersetzen,„ scheint es fast zu folgen, daß er nur unter den in der Residenz des Fürsten sich an seinem Hofe befindlichen Räthen wählen dürfe. Allein nichts destoweniger glaube ich, mit Grunde Rechtens behaupten zu können, daß der Kläger, nachdem sich der Fürst vorher einen oder zween von seinen Räthen ausbedungen, ohne Rücksicht, ob sie sich in der Residenz und am Hofe, oder in einem andern Ort aufhalten aus gesammten Räthen des Beklagten fünfe erwählen könne. Denn nach der Einrichtung des mittlern Zeitalters, da unsere teutsche Reichsfürsten noch nicht so viele Räthe, wie jetzt in ihren Diensten hatten, wurden auch diejenigen nur eigentlich Räthe genannt, welche wirklich am Hofe des Fürsten zu Rath gezogen wurden. Aus diesem Gesichtspunkt muß auch meiner Meinung nach die eben angezogene Stelle der C. G. O. „ Wo aber der Churfürst Fürst, oder Fürstmäßige nicht so viel Räthe in seiner Hofhaltung hat ꝛc. nur betrachtet werden. Wie sehr würde nicht die Wahl des Klägers bornirt seyn, wenn er nur allein unter den am Hofe befindlichen Räthen wählen müßte. Und sagt nicht die C. G. O. im vorhergehenden §. wo sie eigentlich vom siebenden We-

ge handelt, ganz allgemein, daß er aus des Beklagten Fürsten Räthen fünf erkiesen und erwählen solle? Ja es soll sogar in dem Fall, wenn der Beklagte keine fünf Räthe hätte, der Kläger auch noch aus des Beklagten Amtleuten, Vögten, Pflegern, oder Lehnmannen des Adels die übrige Summe zu ergänzen Macht haben, welche Freyheit ihm nicht zusteht, wenn der Fürst so viel Räthe hat, daß daraus die Zahl ergänzt werden kann.

1) Wir finden die gesetzliche Vorschrift des siebenden Weges in der C. G. O. von 1521. l. c. §. 7. C. G. O. von 1555. l. c. §. 12. Concept der C. G. O ebendaselbst.

2) Dies erheller deutlich aus den Worten: doch daß der Beklagte zuvor, und ehe der Kläger solche fünf, wie gemeldt, erwählet, einen oder zween von seinen Räthen, so ihm in gemeldter Sachen zu gebrauchen gemeint seyn, vorzubehalten und auszunehmen Macht habe.

3) C. G. O. von 1521. l. c. C. G. O. von 1555. l. c. §. 13.

§. 56.

So wie beym zweyten Wege alles dasjenige statt findet, was beym ersten Wege angemerkt worden, (§. 48-50.) so muß auch beym siebenden dasselbe gelten, was beym achten Wege vorgeschrieben ist. Es kann dies um so weniger in Zweifel gezogen werden, als die C. G. O. ganz bestimmt verlangt, daß in beyden Fällen, nemlich im siebenden und achten Wege die Austräge auf gleiche Weise beeydiget, und von ihren Eyden und Pflich-

ten

ten, womit sie dem Beklagten verwandt sind, losgezählet werden sollen.

1) C. G. O. v. 1521. l. c. §. 9. Und in beyden jezt gemeldten Fällen (es war §. 7. und 8. vom siebenden und achten Wege die Rede gewesen) soll der Aelteste — — — von einem jeden der andern acht Räthe — — — einen Eyd empfahen ꝛc. cf. DECKHERR l. c. n. 135 seq.

§. 57.

Die Cammergerichtsordnung hat zwar, so viel nur irgend möglich gewesen, dafür gesorgt, daß beym ersten, zweyten, siebenden und achten Wege, in welchen die Austräge allein aus des Beklagten Räthen erwählet und niedergesetzet werden, beyden Theilen unpartheyische Gerechtigkeit administriret werden möge. Allein nicht zu gedenken, daß der Kläger Gründe haben kann, weshalb er die Entscheidung seiner Sache nicht gern den Räthen seines Gegners allein überlassen will; so muß es doch allemal einem regierenden Prälaten, oder Grafen, äusserst empfindlich seyn, sein Recht bey den Räthen seines Gegners zu suchen. Weit anständiger ist es gewiß, wenn ich auch davon abstrahire, daß das Vertrauen zur unpartheyischen Justizpflege grösser seyn müsse, wenn der Kläger eben sowol als der Beklagte, einige Personen zu Austrägen ernennen darf. Will er also nicht vor des Beklagten Räthen allein zu Recht stehen; so wird ihm auf dem fünften und sechsten Wege zugleich mit dem Beklagten die Niedersetzung der Austragsrichter frey gelassen.

§. 58.

„Zum fünften, sagt die C. G. O. 1) soll der Kläger dem Beklagten neun redliche verläumbte Personen anzeigen, daraus der Beklagte zwey Personen erwählen, hinwiederum soll der Beklagte, wo der ein Churfürst, Fürst, oder Fürstmäßiger wäre, neun aus seinen Räthen, oder andern benennen, daraus der Kläger drey erwählen, dieselbe fünf fürter in Sachen, nach laut der Ordnung von den neun Räthen angezeigt, rechtlich procediren und handeln sollen.„ Was die C. G. O. mit der Stelle: wo der (der Beklagte) ein Churfürst, Fürst, oder Fürstmäßiger wäre, eigentlich andeuten wollen, kann ich nicht einsehen. Der Augenschein lehret es, daß im ganzen vierten Titel des zweyten Theils der C. G. O. allein davon gehandelt werde, wenn Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige von einem Kläger geringern Standes zu Recht gefordert werden. Und doch wird hier gleichsam als eine Ausnahme hinzugesetzt: wo der ein Churfürst, Fürst, oder Fürstmäßiger wäre. Ist der Beklagte kein Fürst, so kommen ihm auch die daselbst bestimmte Austräge nicht zu, und also ist dieser Zusatz entweder überflüßig oder ohne alle Bedeutung. Doch dem sey wie ihm wolle; so hat es doch in Absicht des fünften Weges der Austräge selbst nicht

nicht den geringsten Einfluß. Das erste, was der Kläger auch hier zu besorgen hat, ist die zu beschaffende Requisition. (§. 48.) Sie muß freylich hier anders lauten, als bey den vorigen Wegen, da der Beklagte ersucht wird, dem Kläger **vor seinen Räthen** Rechts zu pflegen 2). Denn hier muß der Kläger dem beklagten Fürsten, mittelst kurzer Anzeige von dem Bestande seiner Forderung, neun redliche unpartheyische Männer vorschlagen, mit dem Ersuchen; daraus nicht nur zwo Personen zu erwählen, sondern ihm auch neun Räthe, oder andere zu benennen, damit er gleichfalls daraus drey erwählen könne. Ist dieses Requisitionsschreiben gehörig insinuiret; so darf der Beklagte von seiner Seite die Ernennung der neun Räthe nicht ungebührlich verzögern, sondern muß vielmehr solche binnen Monatsfrist dem Kläger bekannt machen. Ich gestehe gerne, daß die C. G. O. am angeführten Orte keine Zeit bestimmet, allein sie bezieht sich doch daselbst auf die Ordnung von den neun Räthen, worinn es dem Beklagten zur Pflicht gemacht wird, in dem nächstfolgenden Monat seine Räthe niederzusetzen. Und damit ja niemand zweifeln könne, ob dis auch von den Wegen gelte, da die Austräge nicht vom Beklagten allein, sondern von beyden Partheyen ernannt und bestellet werden; so hebet die C. G. O. an einem andern Ort 3) alle Ungewißheit, und verordnet, daß der beklagte Fürst schuldig seyn soll, in einem Monat, oder aufs längste in sechs Wochen, nach-

dem

dem er darum ersucht worden, dem Kläger seine neun, oder andere Räthe, oder **die erwählten oder verordneten Personen** niederzusetzen, dem Wege in allen Stücken gemäß, den der Kläger vorgeschlagen hat. Bey dieser klaren Disposition der C. G. O. ist es also ausser allen Streit, daß der Beklagte **binnen Monatsfrist** seine Räthe ernennen müsse. Darüber sind aber die Gelehrten nicht einig, ob bey diesem fünften Wege auch die Austrägalrichter beendiget werden müßten? **Lentius** 4) will ausser beym ersten und achten Wege nichts von einer nothwendigen Beendigung wissen. **Deckherr** 5) unterscheidet, ob die Austräge aus des Beklagten Räthen allein bestehen, oder von beyden Partheyen bestellet sind, oder eine Kayserliche Commißion erbeten worden? Im ersten Fall glaubt er die Beeydung in den Gesetzen bestätigt zu finden. Im zweyten Fall aber stellt er es in den Willen der Partheyen; und im letzten Fall hält er sie gar nicht gebräuchlich. **Blume** 6) hingegen und mit ihm der verstorbene Freyherr **von Cramer** 7) behaupten ganz recht, daß ausser dem dritten und vierten Wege die Austrägalrichter in allen übrigen sechs Wegen eydlich verpflichtet werden müßen, beyden Theilen ohne alle Partheylichkeit nach ihrem besten Wissen Recht zu sprechen.

1) von 1521. l. c. §. 5. C. G. O. von 1555. l. c. §. 10. Concept. C. G. O. ibid.

2) FRID. GVIL. TAFINGER instit. iurispr. camer. sect. III. T. IV. §. 493.

C. G. O.

C. G. O. von 1555. P. II. T. VIII. §. 4. Und soll derselbige Churfürst, Fürst, oder Fürstmäßig schuldig seyn, in einem Monat, dem nächstfolgenden, oder so er redliche erhebliche Verhinderung hätt, aufs längst in sechs Wochen, nachdem er durch den Kläger ersucht wäre worden, ihme dem Kläger seine neun, oder andere Räthe, oder die erwählten, oder verordneten Personen samt den Räthen, dem Weg in allweg gemäß, so der Kläger vorgeschlagen hätt, niederzusetzen.

4) l. c. c. VI. Th. 55.

5) l. c. n. 136.

6) l. c. n. 136.

7) l. c. §. 339. Cum itaque, sagt er, Consiliarii rei iurare teneantur, quoties ad exercendum iudicium austraegale constituuntur, nec is sine iuramento eos admittere tenetur, quos actor eligit illisque in via quinta & sexta adiungit. Quare cum consiliarii rei in via tertia & quarta non concurrant; euidens est, quod Iudices Austraegales non solum in via prima; sed & in reliquis, exceptis tertia & quarta, casuque primo & secundo, de aequaliter administranda iustitia iurare teneantur.

§. 59.

Obgleich bey dem vorigen fünften Wege der Kläger einige Personen zu Austrägen mit dem Beklagten zugleich ernennen und setzen kann; so wird man doch hiebey das Uebergewicht noch immer auf Seiten des Beklagten finden, indem vom Kläger nur zwo, vom Beklagten aber drey Personen gesetzet werden. Diese Ungleichheit verschwindet beym sechsten Wege völlig. Hier hat keiner einen Vorzug vor dem andern. Ein jeder von den beyden streitenden Partheyen hat das Recht zween unpartheyische Männer zu Austrägalrichtern zu bestellen,

stellen, vor denen die Sache in erster Instanz auf gleiche Weise, als in den vorigen Wegen betrieben wird 1). Weil aber hier die Austräge in gleicher Anzahl gesetzt werden; so ist leicht eine Stimmengleichheit zu besorgen, wodurch wohl gar die Sache unentschieden bleiben dürfte. Um dies zu vermeiden, muß **ein dritter Unpartheyischer** den Ausschlag geben, wenn die vier Austräge sich untereinander über ein gemeinsames Votum nicht vereinbaren können 2). Dieser **Obmann** 3), wie er genannt wird, kann entweder von den Austrägen mit Wißen und Willen der Partheyen erwählet werden, oder er wird, wenn sie, wie es zu vermuthen ist, über die Person desselben nicht einig werden, auf Ansuchen einer oder beyder Partheyen vom Kayser geordnet, welcher alsdann einer von den verschieden Meinungen seine Zustimmung geben, oder, wenn er dies mit gutem Gewissen, und aus erheblichen Ursachen zu thun nicht vermag, ein von beyden Meinungen ganz abstimmiges Urtel fällen kann, so wie es ihm nach seinem besten Wissen und Gewissen, den Rechten am gemässesten zu seyn dünkt.

1) C. G. O. v. 1521. l. c. §. 6. zum sechsten soll oder mag der Kläger zween unpartheyische, erbare und redliche, desgleichen der beklagte Churfürst, Fürst oder Fürstmäßige auch zween aus seinen Räthen, oder andere geschickte, wie obstehet, ordnen und setzen, vor denen den in erster Instanz die Sachen, nach laut der Ordnung zu Worms hiebevor aufgericht, gehandelt und procediret werden sollen; und ob dieselbe vier im Urtheilen zweyspal-

spaltig würden, und sich mit Wissen und Willen der Partheyen eines Obmanns nicht vereinigen möchten, alsdann soll unser Stadthalter und Regiment (in der C. G. O. von 1555. P. II. T. IV. §. 11. und im Concept C. G. O. ibid. heißt es: Alsdann so sollen Wir, als Römischer Kayser ꝛc.) auff beyder oder einer Parthey Ansuchen, einen unpartheyischen Obmann zu geben und zu ordnen schuldig seyn, welcher einem Theil einen Zufall thun, oder aber ein sonderes, das ihn seines Verstands und Gewissens den Rechten gemässer zu seyn bedünkt, sprechen solle, doch daß jeden Parts zween zugesetzte auf seinen und der Obmann auf gemeinen Kosten gesetzt werden.

2) Nach Römischem Rechte konnten die Schiedsrichrichter, wenn sie in ihren Meinungen getheilt waren, vom Prätor gezwungen werden, eine dritte Person zum Obmann zu erwählen, bey dessen Ausspruch es bleiben mußte. L. 17. §. 6. D. de recept. qui arbitr. recep. sed vsitatum est, sagt VLPIAN, etiam in duos compromitti. Et debet Praetor cogere arbitros, si non consentiant tertiam certam eligere personam, cuius auctoritati pareatur. cf. IVST. DAV. ZVFALL de differ. arbitror. roman. & german. (Marb. 1748.) cap. 1. §. vlt. de SENKENBERG l. c. §. 21. 26.

3) Der auch sonst Dritter oder Drittmann superarbiter genannt wird. cf. KOPP von den Obmännen der alten Teutschen §. 5. 6. Bey unsern Vorfahren nannte man die ordentlichen Schiedsrichter: Zusätze, Ratlüde, denjenigen aber, der zwischen zween streitigen Ratlüden entscheiden, und den Ausschlag geben mußte, den Obmann.

§. 60.

Dieser fünfte und sechste Weg unterscheiden sich auch noch darinn von den vorigen Wegen, daß ein jeder Theil die von ihm niedergesetzte Austrägalrichter auf seine Kosten unterhalten, und den Obmann

mann gemeinschaftlich besolden müsse. Denn bey den vorigen vier Wegen, dem ersten, zweyten, siebenden und achten, da die Austräge allein aus des Beklagten Räthen bestehen, muß dieser auch die Kosten allein tragen, ohne daß dem Kläger dieserhalb etwas zur Last fällt. Und obgleich die C. G. O. 1.) nur beym sechsten Wege disponirt; „doch daß jede Parthey seine zween zugesetzte auf seinen, und der Obmann auf gemeinen Kosten, gesetzt werden,„ so leidet es doch keinen Zweifel, daß diese Verordnung auch vom fünften Wege gelten, und der Kläger seinen zween, der Beklagte aber seinen drey Räthen den Unterhalt reichen müsse.

1) C. G. O. von 1521. l. c. C. G. O. v. 1555. l. c. Concept. C. G. O. l. c.

§. 16.

Nachdem wir nunmehr die sechs Wege kennen, auf welchen die Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige von den Prälaten, Grafen, Freyherren, und andern Klägern geringern Standes vor ihren eigenen, oder von beyden Partheyen niedergesetzten Räthen zu Recht gefordert werden können; so bleibt uns anjetzt noch übrig, von den beyden Wegen zu handeln, wo es nicht vor Räthen geschicht. Und dies ist der dritte und vierte Weg. Der dritte Weg besteht kürzlich darinn: „daß der Churfürst, Fürst oder Fürstmäßige drey unpartheyische Fürsten benennen, aus denen der Klä-

ger einen zu erwählen und zu erkiesen Macht haben, der dann laut vor aufgerichteter Ordnung auch procediren und sprechen soll. 1) Folglich findet hier sowol in Absicht der Requisition, als sonsten dasselbige statt, was oben (§. 25 seq.) in Absicht der Austräge der ersten, andern und vierten Ordnung angemerket worden.

1) C. G. O. von 1521. l. c. §. 3. C. G. O. von 1555. l. c. §. 8. Concept. C. G. O. l. c. §. 7.

§. 62.

Nur allein hierinn wird eine Ausnahme gemacht, daß, anstatt sonsten bey den Austrägen der Prälaten, Grafen und Herren die vom Beklagten zu ernennende Fürsten dem Requirenten nicht über zwölf Meilen entsessen seyn dürfen, es in diesem Fall genügen soll, wenn sie ihm nicht über zwanzig Meilen entlegen sind. Diese Einschränkung ist in der C. G. O. von 1555. nicht befindlich, und konnte auch nicht darinn enthalten seyn, da sie erst durch die nachherigen Cameralzweifel 1) entstanden, und in dem jüngern Reichsdeputationsabschied von 1600. 2) bestimmet worden, aus welchem sie dem Concept der Cammergerichtsordnung 3) inseriret ist. Nach der bekannten Regel: Exceptio in casu non excepto firmat regulam bleibt es in allen übrigen nicht besonders ausgenommenen Fällen bey der allgemeinen Vorschrift der Gesetze, und es kann dieser den Fürsten eingeräumte Vorzug bey Er-

nen-

nennung der drey Fürsten nicht weiter extendiret werden, als die klaren Worte es erlauben. Es scheint freylich beym ersten Anblick, daß alles der Willkühr des Fürsten überlassen, und er nur bloß in Absicht der zwanzig Meilen eingeschränkt werden sollen, wenn es im R. D. A. von 1600. heißt: „Wollen wir, daß im angeregten Fall alle solche erforderte Qualitäten und Requisita so hoch nöthig nicht zu halten, jedoch daß die Churfürsten, Fürsten, oder Fürstmäßige über zwanzig Meil nicht entsessen seyn.„ Allein betrachtet man die vorhergehenden Worte nur mit einiger Aufmerksamkeit; so ist es augenscheinlich, daß nur bey Benennung der Fürsten eine Ausnahme gemacht werden sollen. Denn beym Cammergericht ward gezweifelt; ob der erforderte Fürst, wenn er von einem Freyen von Adel, oder anderer Privatperson verlangt würde, in Benennung der Fürsten alle Requisita, als wenn er von einem Fürsten requirirt worden, praecise zu halten schuldig, fürnemlich daß die ernannte Fürsten nicht über zwölf Meilen dem Requirenten entsessen, auch nicht aus einem Hause gebohren wären. Und die Entscheidung lautet, wie wir oben angeführet, daß alle 4) solche erforderliche Qualitäten so hochnöthig nicht zu halten seyn. Da nun der Zweifel nur die Benennung der Fürsten betraf,

und da das Wort: **fürnemlich** deutlich zeigt, daß die Herren Cameralen hauptsächlich nur davon gewiß seyn wolten, ob es schlechterdings nöthig sey, daß die Fürsten nicht über zwölf Meilen von dem Kläger entfernt, und nicht aus einem Hause gebohren seyn müßten; so trage ich kein Bedenken, mit dem verstorbenen Reichscammergerichts = Beysitzer Freyherrn **von Cramer** 5) zu behaupten, daß dieser den Fürsten vergönnete Vorzug nicht weiter, als in Absicht der Benennung der Fürsten zu extendiren sey, und daß in allen übrigen Stücken hier eben dasselbe beobachtet werden müsse, was bey den Austrägen der Fürsten unter sich vorgeschrieben 6) worden. (§. 61.)

1) Wir finden diese Cameralzweifel in dem CORP. IVR. CAMER. pag. 471 seq. woselbst der sechste Zweifel diesen Fall betrift.

2) §. 25. in der neuen und vollständigern Sammlung der R. A. p. 478.

3) l. c. §. 8. verb. Und nachdem in dem Fall, da ein Fürst oder Fürstmäßige Person von einem Freyen von Adel, oder anderm Priuato zu Recht erfordert wird, in Zweifel gezogen worden, ob der erforderte in Benennung der Fürsten alle Requisita, als wann er von einem Fürsten requirirt worden, praecise zu halten schuldig, fürnemlich, daß die ernannte Fürsten nicht über zwölf Meilen dem Requirenten entsessen, auch nicht aus einem Hauß gebohren; Wollen Wir, daß in angeregtem Fall alle solche erforderte Qualitäten und Requisita, so hoch nöthig nicht zu halten, jedoch daß die Churfürsten, Fürsten, oder Fürstmäßige über zwanzig Meil nicht entsessen seyn.

4) Das

4) Das Wort: alle: bezieht sich offenbar auf die einem Fürsten, wenn er von einem seines Standes requirirt worden, in Benennung der Fürsten vorgeschriebene und von ihm zu beobachtende Requisita. Er muß in dem Falle nothwendig vier Fürsten vorschlagen, diese sollen regierende, halb geistlich, und halb weltlich, auch nicht aus einem Hause gebohren seyn. Alle diese erforderte Qualitäten und Requisita soll nun der Fürst so hochnöthig zu halten nicht schuldig seyn, wenn er von einem Freyen von Adel, oder einer andern Privatperson zu Recht erfordert wird. Er darf nicht nothwendig regierende Herren, auch nicht halb geistliche und halb weltliche vorschlagen, welches letztere schon ohnedem nicht angeht, da die Fürsten in ungleicher Zahl ernannt werden. Und eben so wenig ist es erforderlich, daß die drey Fürsten aus verschiedenen Häusern gebohren seyn müssen. Dies sind die Qualitäten, welche von dem Fürsten so hochnöthig nicht zu halten sind. Hievon allein redet der Deput. Absch. v. 1600. §. 25. und weiter darf man es auch nicht ausdehnen. Damit indessen der Fürst doch nicht ganz willkührlich hiebey verfahren, und gar zu entlegene Fürsten vorschlagen möchte; so ward hinzugefügt; jedoch daß die Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige über zwanzig Meil nicht entsessen seyn.

5) l. c. §. 320. Praerogatiua latius, quam par est, non extendenda. Vnde cum principi reo *tantum ratione denominationis Principum* verbis expressis Legis in dict. Leg. Concepti Ordinationis Cameralis concessa sit praerogatiua, eadem quoque ad solennitates in denominatione obseruandas *restringenda.* Atque adeo *de cetero idem ius ac in casu primo obtinet*, consequenter *electum principem, & in hac tertia via, sicut in primo, tam Actor quam Reus pro suscipienda causae disceptatione intra 14. dies implorare tenentur.*

6) Folglich muß der erforderte Fürst in vier Wochen nach der ihm behändigten Requisition dem Kläger die drey Fürsten benennen, welcher dagegen verbunden ist, in vier Wochen, nachdem ihm die drey Fürsten kund ge-

macht worden, dem Beklagten gleichfalls anzuzeigen, welchen er zum Austrägalrichter erkohren, worauf alsdann der Erwählte von beyden Theilen innerhalb vierzehn Tagen um Annehmung dieses Geschäfts zu ersuchen ist. Daß bey gemeinen schlechten Spolien der Beklagte als Entsetzer allein den vom Kläger erkornen Fürsten hierum bitten müße, ist aus der C. G. O. von 1555. P. II. Tit. VIII. §. 7. und Concept. C. G. O. ibid. bekannt.

§. 63.

Die Prälaten, Grafen, Herren und der unmittelbare Reichsadel haben notorisch nicht nur zu gleicher Zeit das Recht der gesetzlichen Austräge erhalten, sondern es wird auch nie in Absicht der Austräge unter ihnen ein Unterschied gemacht; und die Austräge des Adels sind vielmehr dieselbigen, welche die Prälaten und Grafen haben, sie mögen von ihres Gleichen, oder von einem höhern Standes belangt werden. Allein aus dem vorbemerkten Reichsdeputationsabschied von 1600. kommt bey dem dritten Wege der fürstlichen Austräge gegen Kläger geringern Standes in dem Concept der Cammergerichtsordnung zwischen den Freyen von Adel und den Prälaten und Grafen ein merklicher Unterschied vor, indem dorten dem Beklagten, bey Ernennung der drey Fürsten nachgelassen ist, alle Requisita, als wenn er von einem Fürsten erfordert wäre, nicht nothwendig zu beobachten, wenn er von einem Freyen von Adel oder andern Priuato belangt wird. Da nun der Prälaten und Grafen gar nicht gedacht wird; so entsteht die Frage: ob das was daselbst

von

von einem Freyen von Adel oder anderen Privatperson disponiret worden, auch **von den Prälaten und Grafen** zu verstehen sey? oder ob der beklagte Fürst in Absicht derselben alle Requisita eben so beobachten müsse, als wenn er von einem Fürsten requirirt wäre? Die Gesetze bestimmen diesen Fall nicht deutlich, und die mehresten Gelehrten 1) lassen denselben unerörtert. **Blume** 2) behauptet, daß die Prälaten und Grafen unter den Freyen von Adel mit verstanden werden müßten, weil sie sonst in allen übrigen Stücken in Absicht der Austräge sich einander gleich geachtet würden. Allein **Deckherr** 3) ist mit mehrerm Grunde der Meinung, daß die Verordnung des R. D. A. sich nicht auf die Prälaten und Grafen erstrecke. Sein Hauptargument besteht darinn, daß die Reichsdeputation die Prälaten und Grafen wohl namentlich würde genannt haben, wenn sie gewollt hätte, daß auch in Absicht ihrer eben dasselbe statt finden solte, was wegen der Freyen von Adel und andern Privatpersonen den Fürsten zu gute verordnet worden. Ueberdies würden nicht selten die Prälaten, Grafen und Freyherrn unter dem Namen der Fürsten mit begriffen, niemals aber der Adel, so wie sich denn auch a minori ad maius kein richtiger Schluß machen lasse. Ob ich nun gleich **Deckherrn** darinn völlig beypflichte, daß die Prälaten und Grafen unter dem Worte Freyen von Adel nicht mit

verstanden werden; so scheint es mir doch gegen den klaren Buchstab des R. D. A. zu gehen, wenn er die Freyherrn gleichfalls davon ausgeschlossen haben will. Ohne mich gegenwärtig dabey aufzuhalten, in wie ferne der freye Adel in den mittlern Zeiten dem sogenannten Dienstadel, und den Ministerialen entgegen gesetzt werde 4), will ich nur so viel anführen, daß es aus der Reichscammergerichtsordnung bekannt sey, daß die Freyherren sehr oft allein Freye genannt werden 5). Niemals aber wird der bloße Adel mit dem Ausdruck Freye von Adel, sondern beständig mit den Worten: die von Adel, die von der Ritterschaft, Edelmann, und andere des Adels ꝛc. bezeichnet. Aus diesem Grunde glaube ich nicht zu irren, wenn ich dafür halte, daß auch bey den Freyherren der Beklagte diejenige Requisita bey Benennung der Fürsten nicht beobachten dürfe, welche ihm vorgeschrieben sind, wenn er von einem Fürsten requirirt worden. Daß dieses aber nicht auf die Prälaten und Grafen angewendet werden könne, ist aus den Cameralzweifeln ersichtlich, welche zu der im D. A. von 1600. enthaltenen Verordnung die Gelegenheit gegeben. Denn das Cammergericht zweifelte nur allein darüber, ob der Fürst in dem Fall, da er von einem Freyen von Adel oder einer andern Privatperson zu Recht gefordert würde, alle Requisita, als wenn er von einem Fürsten requirirt wäre, so hoch nöthig zu hal-

ten verbunden sey? Wegen der Prälaten und Grafen hielte man es beym Cammergericht für ausgemacht, 6) daß in Absicht derselben eben das statt finde, was bey den Fürsten unter sich wegen Benennung der Fürsten vorgeschrieben worden. Ein mehreres, als worüber beym Cammergericht ein Zweifel obgewaltet, und worüber die Entscheidung des Reichs nachgesucht worden, hat also auch in dem R. D. A. nicht entschieden werden können oder sollen. Daß aber die Entscheidung nicht weiter, als in Absicht des vorgetragenen Falles extendiret werden könne, folgt unläugbar aus den Worten: Wollen wir, daß **im angeregten Fall** 7) alle solche erforderte Qualitäten und Requisita so hoch nöthig nicht zu halten seyn.

1) PUTTER, TAFINGER, von CRAMER und andere schweigen hievon gänzlich.

2) l. c. n. 117.

3) l. c. ad n. 117.

4) Umständlich haben hievon gehandelt. ADAM FRID. GLAFEY de vera quondam ministerialium indole. Frcf. & Lips. 1724. 4. und IO. GE. ESTOR de ministerialibus. Arg. 1727. 4.

5) Man lese hievon die C. G. O. von 1555. P. II. T. III. §. 1. da heißt es: Es sollen auch herwiederum die Prälaten, Grafen, Freyen, Ritter oder andere des Adels rc. die Rubric des IV. Titels lautet so: Wie und vor welchem Richter die Prälaten, Grafen, Freyen, Herrn, die vom Adel und die Städte, die Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßige zu Recht fordern sollen. Auf gleiche Weise heißt es in der Rubrik des fünften Titels: Wie und vor welchen Richtern die Prälaten, Grafen, Freyen, und die von Adel — — — einander zu Recht fordern sollen. Und im achten Titel

tel §. 2. Und darum zu Beförderung eines gleichmäßigen, unverzüglichen Rechten, haben Churfürsten, Fürsten und Fürstmäßigen, Prälaten, Grafen, Freyen, Herrn und Städte — — — sich der Austräge — — — etlichermassen begeben. Aus diesen und andern in den Reichsgesetzen vorkommenden Stellen rechtfertiget sich also mein Satz, daß die Freyherren oft nur allein Freye genannt und des Adels nie anders gedacht werde, als unter den Worten: die vom Adel, die von der Ritterschaft, andere des Adels, Edelmann ꝛc. Beyläufig erinnere ich hier nur, daß es aus dem angezogenen §. 2. des T. VIII. P. II. der C. G. O. nicht undeutlich erhelle, daß den Städten gewissermassen Unrecht geschehen, daß man ihnen die gesetzlichen Austräge abgesprochen. Denn haben sie sich mit den übrigen Ständen derselben etlichermassen begeben, wie es daselbst heißt; so setzt dies natürlich zum voraus, daß sie welche gehabt haben müßen.

6) Die ganze Fassung des sechsten Cameralzweifels zeiget es, daß man wegen der Prälaten und Grafen gar keine Bedenklichkeit gehabt. Die Ueberschrift des Dubii cameral. VI. lautet: *De requisitione principis* A NOBILI IMMEDIATO, *vel alio facta quid obseruandum?* mithin nur allein von der Requisition eines Unmittelbaren von Adel, oder einer andern Privatperson und die Gründe, womit der Cammergerichtsbeysitzer letztere Meinung unterstützt wird, passen gar nicht auf die Prälaten und Grafen. Sie führen unter andern an: dann zu deme — — — hat sich auch ein Priuatus wegen der Verwandtschaft der benannten Fürsten weniger zu befahren, da es hergegen mit den Fürstlichen Häusern unter sich (worunter vorangeführtermassen auch die Prälaten und Grafen mit zu verstehen sind,) viel andere Meinungen und Gelegenheit hat.

7) Der sichtlich kein anderer war, als der von der von der Requisition eines Freyen von Adels, oder eines andern Priuati.

§. 64.

§. 64.

Der vierte, und nach unserer angenommenen Ordnung der letzte Weg, der dem Kläger noch übrig ist, wenn er Bedenken findet, seine Klage bey einem vom Beklagten selbst in Vorschlag gebrachten Fürsten anzubringen, ist derjenige, wenn er sich vom Kayser einen unpartheyischen Commissarius erbittet. Kein Weg unter allen acht ist den Fürsten so unangenehm gewesen, als eben dieser vierte. Die C. G. O. 1) meldet uns, daß die Chur- und Fürsten denselben sehr ungerne bewilliget und es für sehr beschwerlich gehalten, sich vom Kayser einen Commissarius setzen zu lassen, der nicht einmal nothwendig ein Fürst seyn darf, daß aber dennoch als eine besondere Gnade den Klägern auch dieser Weg verstattet worden. Da die Fürsten beständig gewohnt waren, von ihres Gleichen gerichtet zu werden 2), oder vor ihren eigenen Räthen zu Recht zu stehen; so ist es kein Wunder, wenn es ihnen schwer angekommen 3), sich diesen Weg gefallen zu lassen. Es soll indessen der Kayserliche Commissarius, wenn er gleich kein Fürst ist, doch wenigstens eines hohen Prälaten Stands oder ein Graf seyn, welcher nach Cramers 4) Meinung nothwendig zu den Ständen des Reichs gehören und Sitz und Stimme auf dem Reichstag haben muß. Einen geringern als einen Prälaten, oder Grafen, darf der Fürst zum Commissarius nicht annehmen. Ich be-

begreife daher nicht, wie eben genannter von **Cramer** 5) unter Beziehung auf die C. G. O. behaupten können, daß es zum wenigsten einer hohen Prälaten Standes, oder ein Graf, oder **ein Freyherr** seyn müßte. So wenig in der ältern als neuern Cammergerichtsordnung werden die Freyherren bey dieser Stelle mit genannt, sondern nur allein der Prälaten, und Grafen erwähnet. Hätte es dem Kayser frey gelassen seyn sollen, auch Freyherren zu Commissarien zu bestellen; so wäre die ganze Einschränkung: **der zum wenigsten eines hohen Prälaten Stands, oder ein Graf sey**, überflüßig gewesen. Ich weiß zwar wohl, daß die Dynasten, welche in den Reichsgesetzen unter dem Namen: **der Herren** vorkommen, von je her den Grafen gleich geachtet sind 6); allein ich darf es auch wohl nicht erst erinnern, daß ein solcher Herr oder Dynast, und unsere Freyherren oder Baronen sehr weit von einander unterschieden seyn. Wäre aber auch kein Unterschied unter ihnen; so würden sie doch deswegen in diesem Fall nicht als Kayserliche Commissarien gesetzt werden können, weil die C. G. O. ausdrücklich verlangt, daß derselbe wenigstens ein Graf seyn solle 7).

1) von 1521. Tit. XXXIV. §. 4. Zum vierten: wiewohl solches ihnen, denen Churfürsten und Fürsten auch für beschwerlich geacht, so soll (in C. G. O. v. 1555. P. II. T. IV. §. 9. ist hinzugesetzt: doch) der klagenden Parthey erlaubt seyn, einen ohnpartheyischen

Com-

Commissarien, der zum wenigsten eines hohen Prälaten-Stands oder ein Graf seye, von Kayserl. Maj. wo die im Reich seyn wird, oder in ihrem Abwesen, von Stadthalter und Regiment zu erlangen, (in der C. G. O. v. 1555. l. c. heißt es: von der Kayserl. Maj. wo Ihro Ldd. und Kayserl. Maj. im Reich seyn würden, oder in Dero Abwesen von Uns als Römischen König ꝛc. und im Conc. C. G. O. l. c. lautets ganz kurz: Uns, als Römischen Kayser zu erlangen) und vor demselbigen laut obgemeldter Ordnung gehandelt werden.

2) Es war überhaupt bey unsern Teutschen Vorfahren eine allgemeine Regel; daß niemand den andern richten konnte, wenn er nicht mit ihm ebenbürtig war. Im Sächsischen Landrechte L. II. art. XII. hieß es: Schöppenbar freye Leute mögen vrtheil finden über einen jeglichen Mann, es mag aber über kein mann vrtheil, das ihnen an ihren Leib, oder an ihre ehre gehet, oder an ihr erbe, noch ihr vrtheil schelten, er sey ihnen dann ebenbürtig? cf. den Schwaben Spieg. cap. 164. Ein jeglicher mann wird wohl über, daß er nicht kämpfet mit seinen vngenossen. Ein jeglich mann muß kämpfen mit seinen genossen, oder auch mit seinen übergenossen. In Engelland, wo das PAR PAREM IVDICAT noch heutiges Tages ein Gebrauch ist, gab König Henrich I. dies Gesetz: Vnusquisque per pares iudicandus est, & eiusdem prouinciae. S. IO. GOTTL. HEINECCII elem. iur. germ. L. III. §. 90.

3) Denn sowol bey den Austrägen unter sich, als wenn sie gegen Prälaten und Grafen klagten, blieb es bey der Regel: *Par parem iudicat.* Bey den Austrägen der Prälaten und Grafen findet zwar auch der Weg der Kayserlichen Commißion statt, allein der Commissarius muß nothwendig ein Fürst seyn. Um so empfindlicher war es ihnen also, daß, wenn Sie von einem Kläger geringern Standes belangt würden, der Kayser ihnen einen Prälaten, oder Grafen zum Commissarius ernennen solte.

4) l.

4) l.c. §. 323. qui praeeminens Praelatus alius esse nequit, quam qui status imperii est, siue in comitiis votum virile, siue curiatum tenet. cf. von Moser R. H. R. Proceß l. c. p. 786. § 20.

5) An eben allegirter Stelle schreibt er kurz vorher: Vnde *citat. loc.* (scil. Concept C. G. O. P. II. T. IV. §. 9.) cautum; daß es zum wenigsten eines hohen Prälaten Standts oder ein Graf oder ein Freyherr sey? Lieset man nun die von ihm angezogene Stelle selbst nach, so findet man nirgend darinn die Worte: oder ein Freyherr. Es scheint mir dies auch ein offenbarer Widerspruch mit seiner nachherigen Aeusserung zu seyn, da er verlangt, daß nur ein solcher Prälat zum Commissarius vom Kayser geordnet werden könnte, der Sitz und Stimme auf dem Reichstag hätte, und würklich ein Reichsstand sey. Denn unter unsern Reichsständen sind bekanntlich keine Freyherren, und doch würden diese dieselben Qualitäten haben müssen, die er von den Prälaten fordert.

6) IO. STEPH. PVTTER vollständ. Handbuch der teutschen Reichshistorie. (Gött. 1762.) p. 248.

7) Will indessen jemand eine ausführliche Vertheydigung von der Zuläßigkeit der Freyherren zu Kayserlichen Commissarien lesen, der kann sie beym DECKHERR l. c. ad n. 120 seq. finden.

§. 65.

Wenn dem Kläger erlaubt ist, einen unpartheyischen Commissarius vom Kayser zu erlangen; so sind dadurch dem Reichsoberhaupt keinesweges die Hände gebunden, mehr als einen Commissarius zu setzen, und dies um so weniger, da die Commißion nie aus einer einzigen Person bestehen kann, (§. 29.) sondern der Kayserliche Commissarius, sammt seinen unpartheyischen Räthen 1) die Sache zu Recht verhören und entscheiden muß.

Denn

Denn die C. G. O. bezieht sich ausdrücklich auf die Disposition wegen der Fürstlichen Austräge unter sich, wenn sie sagt 2): daß vor demselbigen **laut obgemeldter Ordnung** gehandelt werden soll. Bey einer Reichsvacanz wird der Commissarius zwar von den Reichsvicarien erbeten und gesetzt, aber nicht von allen beyden zugleich, sondern nach dem bekannten Rechtssatze: Actor sequitur forum rei, nur von demjenigen, in dessen Gebiet, oder vielmehr Vicariats-Gerichtssprengel der Beklagte seinen Sitz und Aufenthalt hat. Notorisch bestimmt die goldne Bulle 3) einem jeglichen Vicarius seine Gränzen so, daß der Churfürst von **der Pfalz in Rheinisch- und Schwäbischen Landen, und wo Fränkisch Recht gilt,** der Churfürst von Sachsen aber in denjenigen Ländern, wo **Sächsische Rechte** gelten, die Vicariatsrechte ausübt. Nach eben diesem Verhältniß können also auch nur die Austrägalcommißionen von diesem oder jenem erkannt werden. Ob solche Commissarien Kayserliche genannt werden können, oder ob sie sich Reichs- oder Reichsvicariats-Commissarien nennen müssen? davon handelt **Deckherr** 4) umständlich.

1) C. G. O. von 1495. T. XXIV. C. G. O. von 1555. P. II. T. II. §. 3. §. 9. Concept C. G. O. ibid. §. 1.

2) C. G. O. von 1521. Tit. XXXIV. §. 4. C. G. O. von 1555. P. II. T. IV. §. 9. Conc. C. G. O. ibid. cf. Moser. l. c.

3) *A. B.* cap. V. §. 1. Quoties insuper, vt praemittitur, sacrum vacare continget imperium, *illustris Comes Palatinus Rheni*, sacri imperii Archidapifer, ad manus futuri Regis Romanorum *in partibus Rheni & Sueuiae, & in iure Franconico*, ratione Principatus seu Comitatus Palatini priuilegii *esse debet prouisor ipsius imperii* — — — — — §. 2. *Et eodem iure prouisionis Illustrem Ducem Saxoniae*, sacri Imperii Archimareschallum, *frui volumus in his* (alii legunt in *illis*) *locis, vbi Saxonica iura seruantur*, sub omnibus modis & conditionibus, sicut superius est expressum.

4) l. c. ad n. 126.

§. 66.

Ist aber einmal jemand vom Kayser zum Austrägalcommissarius gehörig bestellet; so verliert er durch den während der Untersuchung erfolgten Tod des Kaysers seine Austrägalcommißion nicht, und die sonst bekannte, auch bey andern Commißionen anwendliche Rechtswahrheit: Resoluto iure constituentis, resoluitur ius constituti, findet in diesem Fall nicht statt. Nur allein die Wahl der Personen hängt vom Kayser ab, ihre Macht und Gewalt hingegen haben sie aus dem Gesetz von dem Kayser und Ständen, mithin vom ganzen Reich 1). Ueberhaupt sind die Austrägalcommißionen, von den sogenannten Hof- und Untersuchungscommißionen gar sehr unterschieden. Diese werden eigentlich nur dann erkannt, wann dem Beklagten das Recht der Austräge nicht zukömmt. Die Commissarien dürfen nur untersuchen, und gutachtlich berichten, nicht aber selbst ent-

entscheiden, und wenn gleich der Kayser nicht leicht gegen ihr ertheiltes Erachten sprechen wird, ohne die Parthehen vorher darüber vernommen zu haben; so darf doch auch der Kayser nicht schlechterdings dem Commissarischen Bedenken folgen. Ganz anders verhält es sich mit den Austrägalcommißionen, welche eine eigene Instanz ausmachen. Hier untersucht der Austrägalcommissarius nicht nur, sondern entscheidet auch, ohne vorher dem Kayser Bericht zu erstatten, so wie auch von seinem Erkenntniß an die beyde höchste Reichsgerichte 2) appelliret wird, anstatt, daß von anderer Commissarien Entscheidungen die Appellation nur allein an den Reichshofrath gehet.

1) J. J. Moser l. c. p. 802. §. 31. „Dessen ohnerachtet aber erlöschet doch der Austräge Gewalt nicht, wie bey andern von dem Kayser ernannten Commissariis zu geschehen pflegt, wann der Kayser stirbt, indeme dieselbe, wann sie einmal erköhren oder vom Kayser ernennet seynd, perpetuam autoritatem vsque ad Decisionem Causae a Lege haben, oder auch, weil nur die Wahl bey dem Kayser und Parthien stehet, ihre Gewalt aber von dem Kayser und Ständen, und also von dem ganzen Reich, nemlich aus der Cammergerichtsordnung herfliesset, CRAMER in Manual. Processf. Imp. Aul. Sect. I. Cap. 10. p. 176 seq.„

2) Reichshofrathso. Tit. 2. §. 5. wenn nemlich vermöge der Austräge, und mit diesen ausdrücklichen Worten eine Commißion bey Uns gesucht wird, daß solches keiner Parthey, wann anders die Jurisdiction fundirt, abgeschlagen werde, und stehet in diesem Fall vermöge Unserer Cammergerichtsordnung den Parthehen die Appellation von Urtheilen der Commissarien an Uns, oder Unser Kayserliches Cammergericht bevor. cf. PORTNER in comment. ad

ordin. iud. imp. aul. ad h. l. p. 41 verb. Wie wohl man bey Hof nicht dafür hält, daß von denen von hier aus verordneten Commissarien die Appellationes ad Cameram gehen solten, wie es denn auch nicht bald geschiehet. de CRAMER T. II. P. II. obs. 759.

§. 67.

Bey Partheyen verschiedener Religionsverwandten soll bekanntlich in allen Stücken eine vollkommene Gleichheit beobachtet werden. Es frägt sich also ob auch bey Austrägalcommißionen die Religionsgleichheit zu observiren sey? Wegen der ausserordentlichen Commißionen verlangt der Westphälische Friede 1) sowol als die Reichshofrathsordnung 2) ausdrücklich die Religionsgleichheit, wenn die Partheyen von verschiedener Religion sind. In Absicht der Austrägalcommißionen aber, ist dies nicht namentlich verordnet, und deswegen will man hieraus folgern, daß es bey ordentlichen Commißarien auf die Austräge nicht nothwendig sey, daß von beyden Religionsverwandten Commissarien bestellet würden; sondern daß der Kayser die Commißion auftragen könnte, wem er wolte, und es wäre gleichviel, ob der Commissarius evangelischer, oder catholischer Religion wäre. Allein diese Folgerung ist offenbar falsch und ungegründet. Denn vermöge des Westphälischen Friedens 3) ist es ein für allemal festgesetzet, daß in allen und jeglichen Geschäften, wo Partheyen von verschiedener Religion mit einander concurriren, die genaueste und vollkommenste Gleichheit statt ha-

haben solle. Hievon sind die Austrägalcommißionen nicht ausgeschlossen, und also muß diese Verordnung auch auf sie ihre Anwendung finden. Die vollkommenste und genaueste Gleichheit erfordert aber, daß nicht bloß die Commissarien von beyden Religionen in gleicher Anzahl bestellet werden, sondern es setzt dieses auch voraus, daß so viel möglich die Commißarien sich an Macht und Ansehen gleich seyn müssen. Folglich kann eine solche Commißion nicht einem mächtigen catholischen Churfürsten, und einem mindermächtigen kleinen evangelischen Fürsten oder Grafen zugleich übertragen werden. Bliebe indessen hierinn noch irgend ein Zweifel übrig, welches doch bey der klaren Disposition des Westphälischen Friedens nicht möglich ist; so ist diese Sache doch durch die neueste Wahlcapitulation 4) unsers jetzigen glorreichstregierenden Kaysers Josephs II. ausser allen Streit gesetzt.

1) I. P. O. art. V. §. 51. — — — *Vbi extraordinariis Commiſſionibus* negotia in imperio expedienda occurrunt, *ſi res inter Auguſtanae Confeſſionis* ſtatus verſatur, ſoli eidem religioni addicti deputentur, ſi inter Catholicos, *ſoli* Catholici, *ſi inter Catholicos & Auguſtanae Confeſſionis ſtatus*, VTRIVSQVE *religionis* PARI *numero Commiſſarii denominentur & ordinentur.*

2) Tit. 2. §. 7. Wann nun in solchen extraordinari Commißionen Sachen für fielen — — — so unter Catholischen und Augsspurgischen Confeßionsverwandten Ständen, (scil. versirten, so sollen) beeder Religion in gleicher Anzahl Commissarien ernannt und verordnet werden.

3) I. P. O. art. V. §. 1. — — — IN RELIQVIS OMNIBVS autem *inter vtriusque religionis* Electores,

 Prin-

Principes, *status omnes & singulos sit* AEQVALITAS EXACTA MVTVAQVE — — — ita vt quod vni parti iustum est, alteri quoque sit iustum. — — —

4) art. XVIII. §. 5. — — in specie aber bey Erkennung deren Commissionen die Verordnung des Instrumenti Pacis Art. 5. §. in Conuentibus Deputatorum 51. genau beobachten lassen. Dabey auch, wann die Sachen, beyderley Religionsverwandte betreffen, in Ernennung deren Commissarien Ad Normam Instrumenti pacis auf eine Gleichheit sehen, dahingegen keinen, der ein eigen Interesse dabey hat, dazu verordnen, immassen sonsten dergleichen Commissiones von keiner Kraft seyn sollen. „ — Merkwürdig ist es, daß die Worte: so viel möglich, welche in der Wahlcapitulation K. Franz I. standen, hier ausgelassen worden, und statt dessen beständig die Gleichheit in acht genommen werden soll. Diese Gleichheit ist aber nicht allein von der Religion zu verstehen, sondern auch in Ansehung der Macht der Würde ꝛc. und deswegen kann kein mächtiger Churfürst mit einer kleinen Reichsstadt zugleich zum Commissarius ernannt werden, weil dies unstreitig eine grosse Ungleichheit seyn würde, die doch auf alle Art zu vermeiden ist.

Zwey-

Zweyter Abschnitt
von
dem gerichtlichen Verfahren
in der
Austrägalinstanz.

§. 68.

Ich habe mit Fleiß bisher noch nichts von dem Austrägalproceß erwähnet. Nun aber da wir wissen, was zur Bestellung eines Austrägalgerichts erfordert wird, ist es denn auch wohl nöthig, daß wir uns um das Verfahren bey diesem Gerichte etwas bekümmern. Der Herr Geheime Justitzrath **Pütter** 1) macht hiebey die sehr richtige und gegründete Bemerkung, daß der Austrägalproceß sich völlig nach demjenigen richte, der bey Commißionen überhaupt gebräuchlich sey; wie denn auch würklich die Austräge insgesammt Kayserliche Commissarien sind. So wie diese vor allen Dingen sich nicht nur wegen des Orts, wo die Commißon gehalten, und wegen der Zeit, wenn sie angefangen werden soll, vereinbaren, sondern sich auch durch abschriftliche Beylegung des ihnen gewordenen Auftrages gleich bey der ersten Ladung

der Partheyen legitimiren müssen, so muß dies auch von den Austrägen nicht aus der Acht gelassen werden. Es meint zwar Herr G. J. R. Pütter 2), daß es hier keiner förmlichen Ladung bedürfe, sondern daß es schon genüge, wenn dem Beklagten der Libell zum excipiren communiciret würde. Allein wenn gleich in der Folge des Proceßes es nicht nothwendig ist 3), daß die Partheyen jedesmal persönlich erscheinen, und alles mündlich verhandeln müßen; so glaube ich doch, daß bey der ersten feyerlichen Eröfnung des Austrägalgerichts die Partheyen nicht ausbleiben dürfen, oder doch zu dem Zweck vorzuladen sind. Wenigstens ist es bey den Wegen, da die Austräge aus Räthen des Beklagten oder beyder Partheyen bestehen, ganz ausser allem Streit, indem die C. G. O. 4) ganz deutlich sagt, daß der beklagte Fürst den Kläger für seine Räthe an seinem Hofe ungefährlich zu Recht fürbescheiden, und daß die Beeydung der Räthe in Beyseyn des Klägers geschehen solle. Und in Ansehung des dritten und vierten Weges der Austräge vor einem dritten unpartheyischen Churfürsten, oder Kayserlichen Commissarius ist dies eben so entschieden, da in diesen beyden Wegen auf die Fürstlichen Austräge allenthalben Bezug gemacht wird, und hier der Kayserliche erkorne Commissarius angewiesen ist, förderlich einen Rechtstag zu setzen 5), welches allemal die Erlassung der Citation voraussetzet. Es ist auch diese Ladung um so nothwendiger, als nach Vorschrift

der

der Gesetze es ein Hauptgeschäft der Austräge seyn muß, zu versuchen, ob durch ihre Vermittelung kein Vergleich unter den Partheyen zu stiften sey.

1) in diss. de ordine iudiciar. ab Austr. obseruando. §. 18 seq. In modo autem, quo, qui a consiliis statuum imperii sunt, singularem causae alicuius notionem nanciscuntur, *iterum proxima vbique similitudo est cum ea procedendi ratione, quae in commissionibus in genere obseruatur.*

2) l. c. §. 39 seq. Sein Hauptargument besteht darinn, daß die in der C. G. O. vorgeschriebene Norm sich eigentlich nur auf die besondere Verfassung des K. C. G. passe, woselbst alles in öffentlicher Audienz verhandelt würde, und daß deshalb die solennen Ladungen beym Austrägalgericht nicht anwendlich würden, weil daselbst dergleichen Audienzen nicht gebräuchlich wären. Er hält demnach dafür, daß eben so wie beym Reichshofrath, auch hier ein blosses Decretum ad excipiendum genüge. Meiner wenigen Einsicht nach aber dünkt mich, daß zwischen dem R. H. R. und dem Austrägalgericht ein grosser Unterschied sey. Ersterer ist ein ordentliches beständiges Reichsgericht, welches sich nicht bey einer jeden einzelnen Sache besonders legitimiren darf. Letzteres aber besteht aus Personen die von den Partheyen gewählet, oder von dem erkornen Fürsten subdelegiret worden, wovon jene Ordnungsmäßig zu beeydigen sind, und diese ihre Personen zu legitimiren haben.

3) Denn das ist meine Absicht nicht, daß jedesmal bis zu Ende des Processes alles mündlich verhandelt werden soll, sondern ich behaupte nur, daß bey der feyerlichen Eröfnung des Austrägalgerichts die Partheyen gegenwärtig seyn, oder doch dazu vorgeladen werden müssen.

4) C. G. O. von 1495. T. XXVI. §. 1. v. 1555. P. II. T. IV. §. 1. Concept C. G. O. ibid. pr.

5) C. G. O. von 1495. Tit. XXIV. Und soll derselbe Unser erkohrne Commißarius förderlich Rechtstag setzen in eine seiner Städt ungefährlich cf. C. G. O. von

 1555.

1555. P. II. Tit. VIII. §. 4. — — — also, daß der Kläger seine Rechtfertigung in Monatsfrist — — — durch Ausbringung gewöhnlicher Citation anfahen, und darauf procediren möge.

§. 69.

Es sind im Ganzen genommen nur sehr wenige Gesetze, welche allein vom Austrägalproceß handeln 1). Diese betreffen insonderheit a) den Schriftwechsel, b) das Zeugenverhör, c) die Verschickung der Acten, und d) die Beendigung der ganzen Austrägalinstanz. Das Austrägalverfahren würde aber gewiß sehr mangelhaft seyn, wenn die Austräge sich allein hiernach richten, und die übrigen vom Proceß überhaupt handelnden Gesetze nicht beobachten wolten. Sie müssen vielmehr den Regeln des gemeinen Proceßes in allen Stücken, worinn in Ansehuug der Austräge nichts besonders vorgeschrieben ist, genau folgen. Denn die C. G. O. und was in den nachherigen neuern Reichsgesetzen vom Proceß im allgemeinen verordnet worden, ist nicht allein eine Richtschnur fürs Cammergericht, sondern auch zugleich für den Reichshofrath, und gewissermassen für alle Gerichte Teutschlandes, mithin auch für die Austräge 2). Es würde daher eine sehr überflüßige und vergebliche Arbeit seyn, wenn ich hier den ganzen Proceß abhandeln wolte. Ich begnüge mich allein damit, daß ich dasjenige anmerke, worinn der Austrägalproceß vom gemeinen und Reichsproceß abweichet, wobey ich noch zugleich dies im voraus erinnern

muß,

muß, daß, wenn kein hinreichender Grund vorhanden ist, der ein anderes erheischet, alles, was bey einem Wege der Austräge verordnet worden, auch bey allen übrigen Wegen statt finde.

1) Dies sind die C. G. O. von 1495. Tit. XXIV. und XXVI. C. G. O. von 1521. Tit. XXXIV. §. 8 seq. C. G. O. von 1555. P. II. T. II. & IV. §. 2. 11. 14. seq. Tit. VI. und Tit. VIII. woselbst jedoch hauptsächlich von den Austrägen wegen gemeiner schlechten Entsetzung disponiret wird. cf. R. A. v. 1570. §. 85.

2) PUTTER l. c. §. 25. Enimuero eodem iure, quo leges imperii iudiciariae, quae *directe* tantum *de camera imperiali* loquuntur, etiam consilio imperiali aulico, quid quod suo modo cunctis Germaniae iudiciis normam suppeditant, etiam ad Austraegas illae nostro iudicio pertinent.

§. 70.

Anfänglich ward, wie bereits oben angeführet worden, alles mündlich im Gericht verhandelt, nachher aber, als sich die Gerichtsverfassung in Teutschland änderte, den Partheyen verstattet 1) und endlich sogar den Procuratoren befohlen 2) alles schriftlich anzubringen, welches auch insbesondere in der Austrägalinstanz frey gelassen ist. Die C. G. O. 3) verlangt, daß ein jeder Theil in vier Schriften, welche er doppelt übergeben soll, alles, was er zur Behauptung seines Rechts anzuführen hat, vorstellen, daß er mit keinem weitern Schriftwechsel gehöret, und von den Austrägalgericht nicht darauf geachtet werden soll, wenn der Beklagte in seiner vierten und letzten Schrift sol-

solche Neuerung vorbrächte, worüber Kläger nicht gehöret worden. Nach diesem alten weitläuftigen Cameralproceß 4) ward also eine jede Sache erst mit der Sextuplik für beschlossen angenommen. Dies war eine unleidliche Verzögerung der Justiz, weshalb das gesammte Reich auf dem Reichstage von 1654. mit Ernst auf eine schleunigere Handhabung der Gerechtigkeit bedacht nahm, und in dem Reichsabschiede 5) festsetzte, daß zur Abkürzung der Processe die Duplik die Schlußschrift seyn, und nicht anders, als aus bewegenden Ursachen vom Richter ein weiterer Schriftwechsel verstattet werden solte. Ist nun durch dieses neuere Reichsgesetz die vorige Art in Schriften zu verfahren ganz umgeändert, und die darüber in der C. G. O befindliche Disposition aufgehoben worden; so versteht es sich dann wohl von selbst, daß auch die Austräge sich hiernach richten, und nach eingekommener Duplik keinen weitern Schriftwechsel zulassen müssen 6).

1) Man lese hiervon die C. G. O von 1495. Tit. X. „Item zu förderlicher Fertigung auch Gewißheit der Partheyen Fürbringen, und Irrungen, die zu Zeiten sich erzeigt haben, zu verhüten, soll hinführo einem jeden zugelassen werden, seine Sachen, sie betreffen wenig, oder viel in Schriften fürzubringen.„

2) Im Jahr 1507. mithin zwölf Jahr nach obgedachter Verordnung, worinn den Partheyen die Erlaubniß der schriftlichen Verhandlung ertheilet worden, ward selbige schon so nothwendig gehalten, daß man es den Procuratoren zur Pflicht machen mußte. S. C. G. O. von 1507, (welche zu Regensburg verfertiget wurde; denn man verfaßte in demselben Jahre auch eine zu Costanz.)

stanz.) Tit. V. Item die Procuratores sollen alle ihre Materien und Handlungen in Schriften fürwenden. Nürnberg. C. G. O. von 1523. Tit. VII. §. 4. C. G. O. von 1555. P. III. Tit. XL. §. 1. Concept. C. G. O. P. III. Tit. XLIX. pr.

3) C. G. O. von 1521. Tit. XXXIV. §. 8. — — und in Schriften, deren ein jeder Theil vier und nicht mehr zu thun, gehandelt, und solche Schriften von vier Wochen zu vier Wochen nach einander zwiefach eingeleget, und zum wenigsten in der dritten Schrift alle Nothdurft auch Exception, und was er in der Sache in Rechten zu geniessen vermeint, einbracht, und in der vierten Schrift von beyden Theilen beschlossen, und von keinem Theil in derselben vierten und letzten Schrift Neuerung eingeführet werden solle; — — — so sollen sie auf dieselbe erfundene Neuerung, die also dem Kläger zu Nachtheil in die letzte Schrift gespahrt, nicht urtheilen — — C. G. O. von 1555. P. II. Tit. IV. §. 14. Concept. C. G. O. ibid.

4) S. C. G. O. von 1555. P. III. T. XII. seq. Conc. C. G. O. P. III. T. XI.

5) Neuester R. A. von 1654. §. 32. seq. §. 45. 57. 77. seq. cf. des Kayserl. und R. C. Gerichts G. B. vom 13. Dec. 1659. und vom 9. Jan. 1660. §. 4.

6) S. PUTTER l. c. §. 51. 52.

§. 71.

Zur Einreichung und Verfertigung der Schriften wird einer jeden Parthey ein Zeitraum von vier Wochen zugestanden. Dem Kläger aber soll der Beklagte noch vierzehn Tage mehr einräumen, wenn er wegen zu grosser Entfernung innerhalb den vorgedachten vier Wochen nicht verfertigen, oder einreichen könnte 1) Eigentlich wird die-

dieses processualische Verfahren nur allein bey dem achten Wege der Fürstlichen Austräge vorgeschrieben, nichts desto weniger aber ist es auch zugleich bey andern Gattungen und Wegen der Austräge die Norm, wornach man sich richten muß. Aller Wahrscheinlichkeit nach ist zur Vermeidung unnöthiger Wiederholungen dem achten Wege gleichsam Anhangsweise diese allgemeine Vorschrift, wie es bey Austrägalprocessen gehalten werden soll, hinzugefüget worden. Diese gesetzliche Vorschrift benimt aber den Partheyen das Recht nicht, sich unter einander wegen kürzerer oder längerer Termine zu vereinbaren. Bey dem etwa von diesem oder jenem begangenen Ungehorsam, muß der Austrägalrichter nach dem gemeinen Recht sprechen, weil die C. G. O. in diesem Fall nichts besonders vorschreibt. Es wird demnach, wenn der Beklagte vor der Litiscontestation ungehorsam ist, angenommen, daß er die gegen ihn angebrachte Klage gänzlich ableugne, (lis pro negatiue contestata habetur 2) mithin der Kläger zum Beweis seiner Klage zugelassen, der Beklagte aber mit allen seinen Einreden, wenn er welche hätte, abgewiesen, oder er wird, wann er schon auf die Klage geantwortet, und den Krieg Rechtens befestiget hätte, mit demjenigen, was er sonst noch hätte beybringen können, präcludiret, und der ihm etwa angedrohete Nachtheil gegen ihn purificiret 3). Ist aber der Kläger, dem doch vorzüglich an der Beendigung seiner Sache gelegen seyn solte, der ungehorsame Theil, so wird nach Be-

schaf-

schaffenheit der Umstände, der Beklagte von der Instanz, oder wohl gar der Klage absolvirt, oder der Kläger muß auch die vergeblich verursachte Kosten erstatten.

1) C. G. O. von 1521. §. 8. C. G. O. von 1555. P. II. T. IV. §. 14. Concept. C. G. O. ibid. — — — und solche Schriften von vier Wochen zu vier Wochen eingelegt — — werden — — wo auch einem Kläger aus Ferne des Wegs obgemeldte Zeit zu Einbringung der Schrift zu kurz wäre; soll der Antworter auf Begehren des Klägers ihm derhalben noch vierzehn Tage zu einer jeden solchen Einlag zulassen. — — Es redet zwar die C. G. O. nur allein vom Kläger, indessen leidet es keinen Zweifel, daß auch einem Beklagten nicht eine solche kurze Frist vom Austrägalrichter zugestanden werden solte, weil demselben das Recht nicht abgesprochen werden kann, auch wider Willen der Partheyen dem einem oder andern eine solche Frist zu ertheilen, vornemlich, wenn er durch wahre und bescheinigte Ehehaften würklich verhindert worden wäre.

2) Die Austrägen dürfen also nicht nach Partikular, als etwa Sächsischem Rechte erkennen, wo der Beklagte pro confesso & conuicto gehalten, und lis pro affirmatiue contestata angenommen wird.

3) S. IAC. FRIED. LVDOVICI Einleitung zum Civilproceß c. 14. IVST. HEN. BOEHMER diss. de contumacia non respondentis Hal. 1717. MOSER l. c. hält dafür, daß wenn gleich der Austrägalcommissarius in contumaciam verfahren kann, es doch rathsamer sey, wenn er vorher berichte, und sich Verhaltungsbefehle vom Kayser erbitte. Allein zugeschweigen, daß dies nur allein auf den vierten Weg der Kayserlichen Commission passet; so bin ich doch der Meinung, daß sowohl der Commißarius, als andere Austräge ohne vorher erstattetem Bericht, und eingeholter Instruction gültig so verfahren können, als die gemeinen Rechte solches vorschreiben. So viel vom Ungehorsam, der im Proceß be-

gan-

gangen wird. Läßt der Beklagte es vor niedergesetztem Austrägalgericht bey ihrer Bestellung irgend an einem gesetzlichen Requisito fehlen; so kann die Sache wegen verzögerter Justitz gleich bey den höchsten Reichsgerichten, angebracht werden. S. C. G. O. von 1495. Tit. XXIV. und Tit. XXVI. §. 3. Wolt aber der Churfürst, Fürst oder Fürstmäßige, Geistlich oder Weltlich, vor seinen Richtern obgemeldter Maaß nicht zu recht kommen; oder würde das, wie obstehet, nicht verhelfen, so solle dem Kläger zugelassen seyn, denselben Churfürsten, Fürsten, oder Fürstmäßigen, mit dem Königlichen oder Kayserlichen Cammergericht fürzunehmen. cf. C.G.O. von 1555. l. c. §. 2. Concept. C. G. O. ibid. §. 1.

§. 72.

In Ansehung des von den Partheyen durch Zeugen zu führenden Beweises verlangt die C. G. O. 1) daß das Zeugenverhör durch einen von beyden Theilen zu erwählenden Commissarius geschehen solle. Wenn sich aber die Partheyen wegen der Person des Commissarius nicht vereinigen können; so soll jeder Theil Freyheit haben einen Verhörer und Schreiber zur Aufnahme solcher Kundschaft zu verordnen, welche jedoch dem Austrägalrichter schwören müssen, die Aussagen der Zeugen treulich anzuhören, aufzuschreiben, und keinem Theil solche Zeugenaussagen zu offenbaren, sondern sie geheim zu halten, und verschlossen den bestellten Austrägen einzuschicken. Nach dem Zeugniß der Rechtslehrer 2) stimmt aber der heutige Gebrauch mit dieser gesetzlichen Vorschrift nicht überein; sondern erlauben dem Austrägalrichter selbst jemanden das Zeugenverhör aufzutragen und ihn zu beeyden,

daß

daß er unpartheyisch hiebey zu Werk gehen wolle. Ich glaube aber nicht, daß man dies so gerade zu ohne alle Einschränkung behaupten könne. Man muß vielmehr nach meinem wenigen Ermessen einen Unterschied machen, ob die Zeugen unter des Beklagten Jurisdiction stehen; oder nicht? Im ersten Fall hat die gesetzliche Disposition statt, oder die durch die Praxis bestätigte Meinung von **Ruland.** Im letztern muß man darauf sehen, ob die Zeugen der Gerichtsbarkeit des Austrägalrichters unterworfen, oder ob sie Unterthanen eines fremden hiebey gar nicht intereßirten Reichsstandes sind? Ist jenes; so können die Austrägalrichter das Zeugenverhör übertragen, wem sie wollen. Ist aber dieses; so sehe ich keinen andern möglichen Weg, als daß die Austräge dem Fürsten oder Stand des Reichs, unter dessen Jurisdiction die Zeugen sich aufhalten, die Beweisartikel nebst den Fragstücken zuschicken, und ihn in subsidium iuris ersuchen, die Beeydung und Abhörung der Zeugen vorzunehmen, danächst aber den Rotulus verschlossen einzusenden. Denn unsere Teutschen Reichsstände sind heutiges Tages gewiß viel zu eifersüchtig auf ihre Hoheitsrechte, als daß sie einem von den Partheyen erwählten Commissarius dergleichen Jurisdictionsbefugnisse einräumen, und es geruhig geschehen lassen solten, daß ihre Unterthanen vor ein fremdes Forum gezogen würden 3), zu geschweigen, daß es den von den Partheyen ernannten Verhörern an den gehörigen Zwangsmitteln fehlet, wenn die Zeugen sich nicht gutwillig sistiren wollen.

1) von 1521. Tit. XXXIV. §. 8. und 11. C. G. O. von 1555. l. c. §. 14. 16. Concept C. G. O. ibid. §. 14. 18. So auch einiger Theil Kundschaft zu verhören, nothdürftig seyn und begehren würde, dieselben sollen durch einen Commissarien, von beyden Theilen erwählt und bewilligt, verhört werden: Ob sich aber die Partheyen eines Commißarien nicht vergleichen könnten, so soll jeder Theil einen Verhörer, sambt einem Schreiber dazu verordnen, der solche Kundschaft aufzunehmen, und zu verhören Macht habe; — — — §. 18. So dann die Partheyen sich, wie obstehet, zu Verhörung der Kundschaft keines Commissarii vergleichen könnten, sollen eines jeden Theils verordnete Verhörer und Schreiber, dem Aeltesten aus obgemeldten neun Räthen Pflicht und Eyd thun, wie hernach stehet, nemlich daß sie in Verhörung solcher Kundschaft, beyden Theilen gleich und gemein seyn, kein Theil vor dem andern vervortheilen, sondern solch Kundschaft getreulich und fleißig anhören, und aufschreiben, und keinen Zeugen an seiner Sach verhindern, auch solch Zeugen Sag keinem Theil eröfnen, sondern in geheim halten, und den obgedachten neun Räthen, als Richtern unter ihrer den zweyen Verhörer Insiegeln, verschlossen übersenden wollen, ohne Gefährde.

2) S. RVLAND de Commissariis P. I. L. III. c. V. n. 32. DECKHERR l. c. ad n. 137. in f. und IO. VLR. de CRAMER system. proc. §. 340. Proinde *etsi lex ipsis partibus* eius electionem, & vtrique dissentienti *constitutionem examinatoris & scribae relinquit*, *vsum tamen & fori autoritatem* RVLANDI *sententiam*, *posse nimirum etiam ipsos iudices Austraegarum*, *examinationem testium alicui committere*, *confirmare*, testatur DECKHERR. l. c.

3) Das Privilegium *de non euocando* war anfänglich in der G. B. Cap. XI. nur allein den Churfürsten ertheilet, und erst in den nachherigen Reichsgesetzen ist es auf alle Reichsstände und Unterthanen erweitert. S. C. G. O. von 1495. Tit. 25. C. G. O. von 1521. Tit.

Tit. 30. C. G. O. von 1555. P. II Tit. I. pr. Tit. V. §. 2. R. A. von 1654. §. 164. Neueste Wahlcapitul. Kays. IOSEPHS II. art. XVIII. §. 4. Sondern einen jeden bey seiner Immedietaet, Priuilegiis de non appellando & euocando sowol in Ciuil- und Criminal- als Lehns-Sachen — — — bleiben lassen.

§. 53.

Das Zeugenverhör an und für sich wird übrigens nach den bekannten Regeln des gemeinen Processes angestellet, und nach eröfneter Kundschaft den Partheyen davon Copey gegeben, damit sie daraus dasjenige, was zu Unterstützung ihres Beweises dienet, kürzlich beybringen können. Vermöge der C. G. O. 1) werden hiezu einem jeden Theile zwo Schriften verstattet, welches jedoch im N. R. A. 2) bis auf eine Schrift eingeschränket ist. Da nun das neueste Gesetz immer die Richtschnur bleibt; so müssen die Partheyen in der Austrägalinstanz sich gleichfalls mit einer Schrift begnügen. Der Zeitraum zur Einreichung ist auch hier vier Wochen, welche von Zeit der eröfneten Kundschaft angerechnet werden sollen. Weil aber die abschriftliche Mittheilung der Kundschaft allemal später, als die Publication derselben geschicht; so kann die vierwöchige Frist, auch nur von dem Tage der erhaltenen Copey anfangen. Zur Vermeidung aller unnützen Streitigkeiten räth **Deckherr** 3) an, daß der Procurator entweder münd- oder schriftlich anzeigen müsse, an welchem Tage ihm der Rotulus communiciret worden, mit

der angehängten Bitte, daß von diesem Tage auch nur die vier Wochen angerechnet werden möchten.

1) von 1521. l. c. §. 8. C. G. O. von 1555. l. c. §. 14.

2) von 1654. §. 56. — — so wollen und meinen Wir hiemit ernstlich, daß die Partheyen auf die publicirte Attestationes in zweyen, also eine jede Parthey in einer Schrift eigentlich beschliessen sollen.

3) in relict. vindiciar. p. 17. n. 137. in omnes euentus conducet, per Procuratorem, vel oretenus, vel in scriptis per Memoriale indicari: quo die vel tempore *copia communicata* sit, iuncta petitione, vt exinde computatio termini legalis incipere permittatur, *quod & vsus seruat, & camera.*

§. 74.

Die Verschickung der Acten hängt der Regel nach, wenn sie nicht ausdrücklich verboten ist 1), von der Willkühr des Richters ab 2), und sie ist nur dann nothwendig, wann entweder die Partheyen es den von ihnen erwählten Schiedsrichtern zur Bedingung gemacht haben, daß sie die Acten versenden sollen, oder wann besondere Gesetze in gewissen Fällen die Verschickung befehlen. Ersteres soll nach dem Zeugniß Ludolfs 3) vor Zeiten unter den unmittelbaren Reichsbürgern sehr im Gebrauch gewesen seyn. Letzteres aber wird in verschiedenen Teutschen Provinzialgesetzen verordnet, wovon ich nur zum Beyspiel den Mecklenburgischen landesgrundgesetzlichen Erbvergleich 4) anführen will.

1) Ein solches Verbot soll in den Königl. Preußischen Ländern seyn, wo den Gerichten untersaget ist, die Acten

zu-

zu verschicken, und ihnen vielmehr befohlen, selbst zu sprechen.

2) Nach dem Römischen Rechte aber mußte der Schiedsrichter nothwendig selbst die Urtel sprechen. cf. ZUFALL l. c. §. 29. n. 111.

3) de iure camerali pag. 2. n. 2. Compromissorum inter immediatos imperii ciues initorum ea lege, vt acta ad Academias transmitterentur, exempla meminimus multa.

4) §. 399. — — — Es wäre dann, daß Unser besonder Interesse mit eintrete, oder die Stimmen im Collegio gleich wären, oder eine andere Parthey die Transmissionem actorum verlanget. cf. TOB. IAC. REINHARD de transmissionis actorum iure eiusque abusu Frf. 1716. HIER. GUNDLING de transmissione actorum. Hal. 1722. FRID. GOTTL. STRUVE de commodis & incommodis transmissionis actorum Kil. 1744.

§. 75.

So viel nun die Austräge anbetrift; so hat zwar die C. G. O. dieserhalb nichts besonders verordnet, allein der R. A. von 1570. 1) supplirt es und giebt den neun Räthen im achten Wege 2) der Fürstlichen Austräge gegen Kläger geringern Standes zwar die Freyheit die zum Spruch stehende Acten auf eine unpartheyische Universität zur Einholung eines Urtheils zu verschicken, jedoch soll dieses nicht anders, als mit Einwilligung beyder Partheyen geschehen, und die abgefaßte Urtel allemal in der Austräge Namen publicirt werden. — So lange die Gelehrte und die Richter nur Ministri, und nicht Arbitri legum sind; so lange ist es ihre Pflicht, bey den klaren Worten

des Gesetzes zu bleiben, und sich keine willkührliche Auslegungen zu erlauben. Nehmen wir also diese Regel in acht; so wird es nicht schwer seyn, zu bestimmen, in wie ferne die Acten von dem Austrägalrichter versandt werden können, oder nicht. Nur ein einziger Fall ist es, worinn ihm dies erlaubt wird, nemlich wenn **beyde** Partheyen ihre Einwilligung dazu geben. Folglich können die Austräge **wider Willen** der Partheyen, und ohne ihre ausdrückliche Zustimmung die Acten nicht versenden. Der Herr Geh. Just. Rath **Pütter** 3) findet es hart, daß die Austrägalrichter inuita Minerua zur Abfassung der Urtel verbunden seyn sollen. Allein nach meinem geringen Ermessen ist dies nichts weniger als hart. Bekanntlich werden die Austräge von den Partheyen zu dem Zweck erwählet, daß sie die unter ihnen obwaltende Irrungen schlichten, und rechtlich entscheiden sollen. Es wird hiebey vorausgesetzt, daß solche Männer hiezu genommen sind, welche der Rechte kundig, und die erforderlichen Eigenschaften besitzen. Diesen insonderheit, nicht einer Universität, oder Juristenfacultät haben die Partheyen ihr Vertrauen gegönnet. Sie haben durch Uebernahme dieses Geschäftes, so zu sagen, mit den Partheyen einen Vertrag gemacht, ihre Streitigkeiten zu entscheiden, und können also ohne deren Zustimmung solches keinem Dritten wieder übertragen. Ja! ich glaube fast, daß dieses der Grund sey, warum der R. A. von 1570, aus dem diese Verordnung dem Concept der

C. G. O. 4) nachher inserirt ist, die ausdrückliche Einwilligung beyder Partheyen erfordert. Können aber die Austräge die Acten nicht verschicken, wann beyde streitende Theile contradiciren; so sind sie hiezu eben so wenig berechtiget, wenn zwar ein Theil darauf anträgt, der andere hingegen schlechterdings widerspricht. Denn von dem Fall rede ich nicht, wenn jemand wegen einer nicht appellablen Summe zum Zweck der Revision die Verschickung der Acten nachsuchet 5) und ich zweifle billig, ob jemand wegen einer geringfügigen Sache es zum Austrägalgericht kommen lassen werde. Wenigstens wird es allemal sehr selten seyn.

1) In diesem Speyerschen R. A. von 1. Dec. 1570. §. 35. heißt es: In Unserer Cammergerichtsordnung part. 2. tit. 4. vers. zum achten 2c. da geordnet, welcher massen die Prälaten, Grafen 2c. gegen Chur- und Fürsten, oder Fürstmäßige vor derselben neun Räthen sollen mögen mit Recht procediren, und mit Einbringung vier Schriften beschliessen, wollen Wir solchen Paß weiters erklärt und dazu addirt haben, daß solche neun Räthe auch Macht haben sollen, die beschlossene Sach und Acten mit Bewilligung beyder Partheyen auf eine unpartheyische Universität und Verfassung des Urtheils zu schicken, doch sollen sie das verfaßte Urtheil in ihrem selbst Namen eröfnen und aussprechen

2) Wird es gleich nur bey dem achten Wege verordnet; so findet diese Disposition doch auch bey den übrigen Wegen und Gattungen der Austräge ihre Anwendung.

3) l. c. §. 58. Wäre es aber würklich hart; so können wir doch das Gesetz nicht ändern, sondern würden mit VLPIANO in L. 12. §. 1 D. qui & a quibus manumissi. antworten: *quod quidem perquam durum est, sed ita Lex scripta est.*

4) l. c. §. 15.

 5) Hie-

5) Hievon handelt der R. D. A. von 1600. §. 16. und der R. R. A. von 1654. §. 113.

§. 76.

Wenn man bedenkt, daß einem jeden Theil vier Schriften, und zur Einreichung derselben jedesmal vier oder nach Beschaffenheit der Umstände wohl gar sechs Wochen dem Kläger verstattet werden sollen, (§. 71.) so kann es nicht anders, als auffallend seyn, daß dem ungeachtet der ganze Austrägalproceß in einem halben Jahr, oder höchstens in Jahr und Tag geendigt seyn solle 1). Denn wenn die Partheyen sich jedesmal ihrer Frist bedienen, und die Schriften gleich an demselbigen Tage, da sie übergeben sind, ohne den geringsten Zeitverlust dem Gegentheil communiciret werden; so erfordert dies schon eine Zeit von vierzig Wochen, und ich kann wohl sagen, von einem ganzen Jahr, weil die übrigen zwölf Wochen leicht mit den Ferien aufgehen werden. Sollen gar noch Zeugen abgehöret werden; so dauert es gewiß beynahe vier Wochen, ehe sie sich einmal wegen des Commissarius zum Verhöre vereinbaren. Rechnet man nun nach die Zeit und Verhör, zur Verfertigung, Einsendung, Publication und Abschrift des Zeugenrotulus nebst den den Partheyen freygelassenen vier Beweisschriften; so wird man es vollends unmöglich finden, daß der Proceß, wenn er in Gemäßheit der C. G. O. geführt wird, in einem halben Jahr, oder auch nur in Jahr und Tag geendiget werden könne. Die Praxis setzt sich daher über

die

die gesetzliche Disposition heraus, weil bey so wichtigen und gemeiniglich äusserst verwickelten Sachen es allemal eine hypothetische Unmöglichkeit bleibt, solche so geschwinde und in so kurzer Zeit zu Ende zu bringen, obgleich die Anzahl der processualischen Schriften um ein gut Theil weniger geworden. (§. 70. 75.) Da nun selbst nach der bewährtesten Publicisten 2) Meinung der Termin von Jahr und Tag zu unsern Zeiten nicht mehr so genau beobachtet werden darf; so darf ich auch nicht umständlich zeigen, daß bey den Sachen wegen gemeiner schlechten Entsetzung die Austrägalinstanz in einem Jahr 3), und bey andern Rechtshändeln nur binnen Jahr und Tag 4) geendiget seyn solte, oder daß unter Jahr und Tag eine Zeit von einem Jahr, sechs Wochen und drey Tagen zu verstehen sey 5), und daß dieser Termin nur erst von der Zeit, da die Klage ins Gericht gebracht worden, anzurechnen sey. Das muß ich aber noch anführen, daß man deswegen die Sache doch nicht vorsätzlich verschleppen und in die länge ziehen dürfe. Würde sich eine solche sträfliche und geflissentliche Verzögerung veroffenbaren; so wäre dies schon hinreichend, entweder durch Promotoriales die Endschaft des Processes zu befördern zu suchen, oder auch die Sache wegen verweigerter Justiz gleich bey den höchsten Reichsgerichten anzubringen 6), welche alsdann daselbst in dem Stande, worinn sie bey den Austrägen gelassen ist, weiter fortgesetzet werden muß.

1) C. G. O. von 1495. Tit. XXVI. §. 1. von 1555. P. II. Tit IV. §. 2. Concept. C. G. O. ebend. §. 1. — — und soll solch Recht von dem Gerichtstag anzurechnen, als die Klage ins Gericht gebracht wird, im nachfolgenden halben Jahr zu Ende kommen, es begäb sich denn auch durch rechtlichen Schub und Erkenntniß fernere Erlängerung, so soll es doch in Jahr und Tag zu Ende reichen.

2) LYNKER de grauam. extraiud. P. II. c. VII. §. 22. n. 2. de CRAMER l. c. §. 314. in not. Generaliter, sagt er, iam obseruauit LYNCKER fatale hoc Austraegarum praecipue in causis magni momenti *hodie non attendi.* PVTTER l. c. §. 54. coroll. Etiamsi vero scriptorum numerus hodie minor sit, adeoque minus illi termino anni & diei contrarietur; tamen & *hodie raro* continget, caussam illustrem tum breui temporis spatio plane disceptari & decidi. *Nec*, modo semel serio partes de disceptanda caussa coram Austraegis conuenerint, *tam stricte huic tempori insistetur.*

3) C. G. O. von 1555. P. II. Tit. VIII. §. 6. und 14. Concept C. G. O. ebendas. §. 6. und 15. Und sollen die Niedergesetzten in solchen Sachen gemeine Spolia belangend, summarie nach Ordnung der Recht procediren, und die Rechtfertigung also zum Beschluß fördern, daß der Kläger in Jahresfrist nachdem die Sachen vor ihnen in Recht anhängig gemacht worden, zur Erörterung gelangen, und dem Kläger sein Endurtheil ohn alle Verhinderung und Aufzug mitgetheilt werde. §. 15. — — — und dem Kläger in Jahrfrist zu Austrag (i. e. zu seinem Recht, zur Endschaft) verholfen werden.

4) Siehe die nota 1) bemerkte Stelle der C. G. O.

5) Eine sächsische Frist bestehet in sechs Wochen und drey Tage. Der Grund hievon ist dieser: Die Ladungen oder Citationen geschehen von vierzehn Tagen zu vierzehn Tagen, und eine jegliche peremtorische Ladung muß drey einfache Citationen enthalten, welche dreymal vierzehn Tage, mithin sechs Wochen ausmachen. Rechnet man hiezu die drey Termine, oder Gerichtstage, an

an welchen der Citirte erscheinen soll; so hat man die sächsische Frist von sechs Wochen und drey Tagen cf. GVNDLINGIANA P. XXVI. n. 1. §. 1. 2.

6) PVTTER l. c. §. 54. Meminisse tamen oportet, hic aliud coercendae contumaciae remedium in promtu esse, vt *protractam ob iustitiam* facilis ad vnum alterumue supremum tribunal parari aditus possit, *dummodo intra annum & diem* vniuersum iudicium Austraegali haud finiatur. de CRAMER l. c. sique protractio ex Actis probari potest, vel editis Actis vel Documento, *Promotorialibus locus est*, *alias causa immediate ad Cameram deuoluitur*. Zugleich bestimmt er hiebey wegen Edition der Acten den Unterschied unter Spolien und andern Sachen, indem er so fortfährt: Causa autem hoc modo ad Cameram deuoluta, distinguendum inter causas simplices & spolii. In his illi iudices Acta ad Instantiam Actoris *intra hebdomadas summum sex* SVMTIBVS SPOLIATORIS edant. (Conc. Ordin. Cam. P. II. T. 8. §. 13.) In illis ACTA REQVIRENS *debet sumtus soluere*.

§. 77.

Da wir eben von der Endschaft der Austrägalinstanz geredet; so frägt es sich hiebey, ob das Amt der Austrägalrichter schon mit der gefälleten Urtel aufhöre? oder ob sie auch das Recht haben, selbige zu vollstrecken? Bey den getheilten Meinungen der Rechtslehrer, wie die hievon handelnde Stelle der C. G. O. 1) zu erklären sey, wird es mir erlaubt seyn, selbige kürzlich zu prüfen, und meine Gedanken darüber zu eröfnen.

1) In der C. G. O. von 1521. l. c. §. 8. heißt es: — — vor denen neun Räthen die Hauptsach und Execution in erster Instanz gehöret — — C. G. O. von 1555. P. II. Tit. IV. §. 14. Conce. C. G. O. ebendas.

§. 78.

§. 78.

Der berühmte Herr G. J. R. **Pütter** 1) vergleicht die Austräge sehr richtig mit den Römischen Iudicibus pedaneis, welche nur Untersuchung (notionem) nicht aber eine Gerichtsbarkeit (Iurisdictionem) hatten. Der Iudex pedaneus untersuchte und entschied nach der ihm vom Prätor gegebenen Formel: SI PARET. CONDEMNA. Der gewinnende Theil muß nach erhaltener Urtel wieder zum Prätor wandern, und ihn um Vollstreckung des Erkentnisses bitten. Gerade so verhält es sich auch mit den Austrägen. Sie müssen gleich nach ihrer Bestellung die Sachen der Partheyen untersuchen, und den Rechten gemäß entscheiden. Das Gesetz ist die Richtschnur, wornach sie sich in ihren Erkenntnissen richten müssen. Ob sie nun gleich keiner Vorschrift oder Formel, wie die Römischen Iudices pedanei, bedürfen; so höret doch ihr Amt mit der gefälleten Urtel auf, und sie haben nicht die Macht, solche zu vollstrecken, sondern der Ueberwinder muß, wenn der überwundene der Urtel nicht in Güte genügen will, aber doch auch solche durch kein Rechtsmittel angefochten hat, bey einem der höchsten Reichsgerichte die Execution derselben nachsuchen. Man wende mir nicht ein, daß die C. G. O. 2) den Austrägen das Recht zu exequiren einräumet. **Deckherr** 3) hat schon bewiesen, daß diese Lesart zweifelhaft sey. Allein meiner wenigen Einsicht nach kann man die Lesart immer als richtig annehmen, ohne daß man deswegen

wegen den Austrägalrichtern ein solches Vollstreckungsrecht zueignen darf. Es kommt nur darauf an, daß wir die Worte der C. G. O. vor denen die Hauptsache und Execution **in erster Instanz** gehört, richtig und dem Sinn des Gesetzgebers gemäß erklären. Nach allen Regeln einer gesunden Auslegungskunst kann man diese Worte unmöglich so verstehen, daß dadurch den Austrägen ihre gesprochene Urteln zu exequiren erlaubt werde. Denn das wird doch ein jeder zugeben, daß die Execution nicht eher erfolgen könne, als bis eine Urtel rechtskräftig geworden. Dies kann, wenn dieselbe angefochten, und durch ein eingewandtes Rechtsmittel von den Folgen der Rechtskraft gerettet worden, nicht eher, als nach geendigter zweyten Instanz geschehen. Sagt man nun nicht, eine Execution in erster Instanz, Execution in anderer Instanz 4); so kann das Wort: und Execution **in erster Instanz** wohl nichts weiter heissen, als die Vollführung und Endigung der Sache in erster Instanz. So wird unläugbar selbst in der C. G. O. 5) und sonst in andern Reichsgesetzen durch das Wort Execution nicht immer die Hülfsvollstreckung einer rechtskräftigen Urtel, sondern nichts weiter, als die würkliche Ausrichtung oder Vollführung einer Sache verstanden. Auf gleiche Weise wird bey den Austrägen der Fürsten unter sich dies Wort gebraucht, wenn es von dem erwählten Fürsten heißt; das auch derselbig anzu-

zunehmen, und zu vollführen schuldig seyn soll 6).

1) in der oft angeführten gründlichen Dissertation de ordine iudic. ab Auftr. obseruando. §. 32.

2) von 1521. l. c. §. 8. C. G. O. v. 1555. und Conc. C. G. O. P. II. Tit. IV. §. 14. zum achten soll oder mag ein Churfürst, Fürst oder Fürstmäßiger, neun Räthe — — ernennen und setzen, vor denen neun die Hauptsache und Execution in erster Instanz gehöret.

3) In. vindiciis ad Blum. l. c. n. 203 seq. Nam locus, sagt er, in Ordinat. Cam. part. 2. tit. 4 §. zum achten etc. 14. accusatur mendosus, vtut durum semper visum sit, tot Libri Exemplaria, tot in Conuentibus Imperii huius Legis correctores & correctiones, accusare, *saltem lectio dubia est*, ex qua nihil solidi in praxi inferri potest.

4) PVTTER l. c. II. Nec enim quid alioquin haec postrema verba in erster Instanz sibi velint, vix quisquam definiuerit, si executionem rei iudicatae hic intelligi statuerit, quam certe pro instantiis diuidi, veluti Execution in erster Instanz, Execution in anderer Instanz etc. nemo dixerit.

5) von 1555. P. I. Tit. XXXV. §. 1. Nachdem wir bericht, daß etliche Jahr hero, in denen Executionibus der Kayserl. Cammergerichtsbriefen und Processen viele Mängel, auch der Botten Unfleiß befunden — — §. 3. Und wenn er einen Botten abgefertiget, alle Proceß und Brief, die er ihm zu führen, und zu exequiren befilcht. — — §. 7. — und wo sich befünde, daß einiger Proceß eingebracht würde, dessen Execution nicht durch denjenigen, so er damit abgefertiget, oder die Execution zu thun, zugelassen hätte, geschehn. — — §. 8. seq. Botenordnung v. 1539. Memor. die Botten berührend. C. G. O. l. c. T. XXXVII. §. 6. 7. 10. T. XXXVIII. pertot. C. G. O. von 1555. P. III. Tit. XII. §. 1. Conc. C. G. O. P. III. Tit. XI. Auf den ersten Rechtstag — — soll der Kläger — — — erscheinen, und erst-

erstlich die ausgangene Ladung, Mandat, oder Proceß mit ihrer Verkündung oder Execution, doch ohne Benennung, deß, der exequirt hat. — — — vorbringen und vorlegen. Hier heißt ohne allen Streit, das Wort Execution nichts anders, als Insinuation, und der, der exequirt, ist kein anderer, als der die Insinuation beschaffet, besorget, oder ausgerichtet hat.

6) C. G. O. von 1495. Tit. XXIV. C. G. O. v 1555. P. II. Tit. II. §. 2. Conc. C. G. O. ebendas. §. 1.

§. 79.

Nichts destoweniger giebt es viele angesehene Rechtslehrer 1), welche schlechterdings bey dem Buchstaben der C. G. O. bleiben, den Austrägen das Recht ihre Urtheile zu vollstrecken zugestehen, und sich wohl gar darüber wundern, daß man noch daran zweifeln könne. Wir wollen indessen ihre Gründe hören, und etwas näher prüfen. Unter die Neuern, die es behauptet, gehören **Estor** 2) und **Joh. Andr. Hofmann** 3) Sie glauben, es müsse den Austrägen das Recht zu exequiren deswegen zugeeignet werden, weil sie vermöge der Reichsgesetze ordentliche Richter der ersten Instanz wären, und ein jeglicher Richter die Befugniß hätte, seine Erkenntnisse durch die Execution zur Würklichkeit zu bringen. Die Austrägalrichter sagen sie, wären wahre teutsche Richter, denen eine Jurisdiction zukäme, und könnten mit den Römischen Iudicibus pedaneis nicht verglichen werden. Nun aber involvirte der Begrif einer ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht allein das Recht zu untersuchen, sondern auch zu entscheiden, und die gefällete Urtel zu exequiren. Dieses leide um so

we-

weniger Zweifel, als es in der C. G. O. 4) ausdrücklich hiesse: von denen die Hauptsache und Execution in erster Instanz gehört, folglich könne man ihnen das Recht die Execution zu erkennen nicht absprechen.

1) Es genüget, wenn ich nur einen de LYNKER in tr. de grauam. extraiud. p. 760. §. 57. SAM. STRYK in diss. de processu Austraegar. (Frcf. ad Viadr. 1668.) §. 37. IO. CHR. PÜRCKHEL diss. de commiss. imperiali in caus. iustitiae (Ien. 1685.) § 26. nenne.

2) in diss. de iure primi fori §. 71. 11. Hallucinantur quoque illi, qui austraegis facultatem exequendi sententias, a se pronuntiatas denegant. — — — Et quaeso te, dicas mihi, qualis sit iudex primae instantiae sine executione?

3) in diss. de austr. ordin. P. R. I. aliorumque imperii membrorum, praecipue liberae S. R. I. ciuitat. Memming. §. 161

4) von 1521. l. c. und von 1555. P. II. Tit. IV. §. 14.

§. 80.

Alle diese vorgetragene Gründe sind aber nicht von der Beschaffenheit, daß sie das Executionsrecht der Austräge bewiesen, und es wird nicht schwer seyn, selbige gründlich zu widerlegen. Wenn auch die Austräge teutsche Richter sind, und nicht mit den Römischen Iudicibus pedaneis verglichen werden könnten, so würden sie doch nie eine grössere Gewalt haben, als die Gesetze ihnen verstatten. Bekanntlich sind sie an die Stelle der Schieds- und gewillkührten Richter getreten. Uebten nun diese gleich in den ältern Zeiten das Recht, ihre Urtheile zu exequiren, würklich aus; so fundirte sich doch sol-

solches lediglich auf Zwangsmittel, die durch Verträge bestimmet waren. Die Partheyen verpflichteten sich nemlich entweder eydlich oder bey Strafe der Infamie, der gefälleten Urtel zu genügen, oder sie mußten auch im voraus den Schiedsrichtern einige Dörfer und Schlösser anweisen, welche im Fall der verlierende Theil nicht Folge leistete, dem gehorsamen übergeben wurden 1). Dies war eine Cautel, welche die Schiedsrichter beobachteten, um dadurch ihre Erkenntnisse aufrecht zu erhalten. Da aber dieses immer vorherige Vereinbarungen der Partheyen zum voraus setzet; so siehet ein jeder sehr leicht, daß von solchen Fällen auf unsere jetzige gesetzliche Austräge nicht gültig geschlossen werden kann. Das zweyte Argument wird aus der ordentlichen den Austrägalrichtern verliehenen Juridiction hergenommen 2). Allein nicht zugedenken, daß die Gelehrten hierüber noch lange nicht einig sind, ob ihnen eine ordentliche, oder delegirte Gerichtsbarkeit competire; 3) so bleibt es doch allemal gewiß, daß sie nie mehrere Rechte haben können, als die Gesetze ihnen zugestehen, und diese schränken sich allein auf die Untersuchung und Entscheidung der Sache ein.

1) S. de SENCKENBERG l. c. §. 24. p. 42. *Iudex electus*, *saepe a partibus* firmitatis laudi sui causa *exigebat*, vt *aut iuramento confirmarent*, *se adimpleturas ei aequa visa — — — aut vero sigilla earum sibi committit exposcebat*, *vel arces quasdam vtrinque assignari rogabat*, *quarum alteram ad immorigeram spectantem parti morigerae deinde traderet*, aut cautiones alias

vario modo in litteras relatas, sibi stipulabatur. Ueberhaupt hielten unsere Teutsche Vorfahren, denen nach ihrer gewohnten Treue und Redlichkeit ihr einmal gegebenes Wort immer heilig war, es für ein grosses Verbrechen, Spruchbrüchig zu werden. SENKENB. l. c. §. 26.

2) ESTOR l. c. schreibt sehr spöttisch von denen die das Gegentheil behaupten, und sagt: Egregium huius rei specimen est doctrina de Austraegarum iurisdictione delegata, *commentitia sane & futilis, quam quae maxime.* Hernach fährt er so fort: In eo sane ille, qui iudicem primae instantiae delegata tantum pollere iurisdictione statueret, mihi risum magis quam stomachum moueret.

3) Ohne mich in diesen Streit einzulassen, den ich an und für sich von weniger Erheblichkeit achte, gefällt mir die Tafingersche Meinung am besten. Er unterscheidet ganz recht, ob man von den Austrägen in abstracto oder in concreto betrachtet rede? Im erstern Fall eignet er ihnen eine ordentliche im letztern aber eine delegirte Jurisdiction zu. S. TAFINGER l. c. §. 475. Pro diuersa autem, sagt er, austraegarum considerati-one omnino distinguendum videtur esse, ita vt austraegis *in abstracto*, ratione muneris, nullo respectu ad ipsas personas habito, consideratis, tribuenda sit iurisdictio *ordinaria*, austraegis vero *in concreto* consideratis, *quatenus nempe hae vel illae personae sunt electae*, competat iurisdictio *delegata*.

§. 81.

Den mehresten Scheingrund hat noch ihr drittes Argument; welches sie aus den Worten der C. G. O. selbst hernehmen. Allein es ist auch nur ein Scheingrund. Wie die obangezogene Stelle der C. G. O. erklärt werden müsse, habe ich bereits oben (§. 78.) gezeiget. Es kömmt also jetzt nur darauf an, daß ich diese Auslegung rechtfertige. Dies glaube ich, wird am besten dadurch gesche-

schehen, wenn ich aus ältern, gleichzeitigen, und neuern Reichsgesetzen beweise, daß die Execution der rechtskräftigen von den Austrägen gefälleten Urteln beym Kayserlichen und Reichscammergericht, oder beym R. H. R. nachgesuchet werden solle. Denn hieraus folgt unmittelbar, daß den Austrägen das Recht nicht zukomme, und durch die oft gedachten Worte: **und Execution in erster Instanz gehört**, ihnen auch nicht hat zugestanden werden sollen. Unter den ältern Gesetzen berufe ich mich auf die vom Kayser Maximilian I. im Jahr 1500. auf dem Reichstag zu Augsburg gegebene **Erklärung des Landfriedens** i). Hierinn heißt es: „Wir oder der, so Wir an Unser statt setzen werden, **und das verordnete Reichsregiment, sollen auch hinführo vollkommen Macht und Gewalt haben**, wie und welcher **Maaß mit Execution der Strafe wider die, so sich** den erkannten Urtheilen und Gebotten Unsers Königlichen Cammergerichts oder **der willkührten Austräg freventlich widersetzen**, — — — — **damit dieselbe zu Gehorsam und Vollnziehung der gesprochenen Urtheil oder gewillkührten Austräg bracht**, und gebührlich um **ihr** freventlich Ungehorsam gestraft worden.„ Aus dieser Verordnung erhellet also ganz deutlich, daß die Austräge das Recht, ihre Urtheile zu exequiren, nicht haben, sondern daß solches von dem verord-

neten Reichsregiment geschehen solle. Da nun diese Stelle der Erklärung des Landfriedens dem R. A. von 1521. 2) welcher zu gleicher Zeit, und auf demselben Reichstage mit der C. G. O. verfertiget worden, wörtlich inseriret ist; so ist dieses gleichzeitige Gesetz ein sicherer Beweis, daß durch die C. G. O. von 1521. den Austrägen eine solche Befugniß nicht eingeräumet sey, und die Gesetzgeber gewiß mit dem Wort Execution in erster Instanz nichts anders andeuten wollen, als die Vollführung und Vollendung der Sache in erster Instanz 3). (§. 78.) Könnte man indessen noch irgend hieran zweifeln, oder litte diese Stelle eine andere Erklärung; so wird doch durch neuere 4) Reichsgesetze aller etwaniger Zweifel völlig gehoben; wie denn auch unsere Meinung durch die Praxis und Observanz 5) bestätiget, und von den mehresten Rechtslehrern 6) angenommen ist.

1) Siehe neue und vollständ. Samml. der R. A. P. I. p. 66. Tit. VII.

2) §. 27. in der eben alleg. Samml. R. A. p. 207.

3) PUTTER l. c.

4) Siehe den Landfrieden Kays. Carls V. von 1548. Tit. 29. §. 2. „Und ob sich begebe, daß die Verächter und Ueberfahrer unsers ausgeschriebenen Friedens; oder auch die sich der erkannten Urtheilen und Gebotten — — — der gewillkührten Austräge freventlich und ungehorsamlich widersetzen, — — — also, daß wider solche Thäter — — — durch Churfürsten, Fürsten und Stände, oder die verordnete Kreyse würkliche Execution — — nicht beschehen möchte; so sollen unsere C. R. und Beysitzer, oder der Beschädigte solches an uns gelangen„ rc.

Am

Am deutlichsten ist es verordnet in der C. G. O. v. 1555. und im Conc. C. G. O. P. II. Tit. VIII. §. 8. — „Alsdann soll auf Ansuchen des Klägers und gewinnenden Theils durch das Kayserliche Cammergericht auf gebührliche Execution bemeldter (nemlich Austrägal) Urtel procedirt, und gehandelt, und dem Kläger verholfen werden, in allermassen, als wär solch Urtheil von gemeldtem Cammergericht ausgesprochen und ergangen.„

5) GAIL L. 1. obſ. 1. n. 52. RODING l. c. L. 1. Tit. 18. §. 3. de LEVBELFING ad Roding. l. c. §. 6. & 7. PETR. FRIDERVS de proceſſ. camer. Tit. 27. n. 205. IOACH. MYNSINGER Centur. IV. obſ. 63.

6) HENR. COCCEII de notione & executione Auſtraegarum. (Heidelb. 1683.) Sect. 11. FRANC. DOM. HAEBRLIN diſſ. de Auſtraeg. generat. nec non de iure Auſtraegar. S. R. I. Lib. Ciuit. Vlm. ſpec. (Helmſt. 1759.) §. 10. PVTTER l. c. Man vergleiche hiemit des verdienstvollen und berühmten Hallischen Rechtsgelehrten Herrn Geh. Raths DANIEL NETTELBLADT Versuch einer Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelahrtheit (Halle 1775.) §. 855. und des Herrn Geh. J. R. GE. LVD. BOEHMER pr. de in ius vocatione auſtraegali. Gott. 1769. in eius elect. iur. T. II. n. 1. TAFINGER l. c. §. 476.

§. 82.

So wie überhaupt der Austrägalproceß sich nach dem gemeinen Recht richtet. (§. 69.) so trift auch solches bey der Reconvention zu. Diese kann in allen Sachen, worinn nach dem gemeinen Recht die Wiederklage statt findet, auch in der Austrägalinstanz angestellet werden, wenn nicht das Gesetz in diesem oder jenem Fall eine Ausnahme macht. Eine solche Ausnahme macht aber

die C. G. O. nur bey den Fürstlichen Austrägen gegen geringere Kläger, wenn selbige aus des beklagten Fürsten Räthen allein bestehen. In Ansehung des ersten, siebenten und achten Weges ist es völlig ausser Streit, daß darinn keine Wiederklage angestellet werden könne, da die Cammergerichtsordnung solches ausdrücklich disponiret. Ob aber auch beym zweyten Wege kein Wiederrecht statt finde, darinn sind die Gelehrte lange nicht einig gewesen. Der Zweifel ist daher entstanden, weil die C. G. O. nachdem sie bereits vom ersten Wege festgesetzet hatte 1), daß die klagende Parthey nicht in Wiederrecht für die Räthe gezogen werden solte, nachher, als als sie auch die Austräge der übrigen sieben Wege bestimmet, sagt 2): „Es soll auch der Kläger — — **in jetzigen nächsten zweyen vorhergehenden** Artikuln dem Churfürsten, Fürsten, oder Fürstmäßigen, als Beklagten **keines Wiederrechten seyn, aber in den obgemeldten Artikuln, soll das Wiederrecht statt haben.** Hieraus schlossen sie nun, daß nur im siebenten und achten Wege das Wiederrecht verboten, in allen übrigen ausser dem ersten Wege aber erlaubt wäre. Allein **Deckherr** 3) hat sehr gründlich gezeiget, daß in allen den Wegen, worinn die Austräge aus des Beklagten Räthen allein niedergesetzt und bestellet werden, die Reconvention unstatthaft sey. Man darf auch nur die Disposi-

tion

tion der C. G. O. mit einiger Aufmerksamkeit lesen, um sich hievon sofort zu überzeugen. Daß unter dem Ausdruck: in jetzigen nächsten zween vorhergehenden Artikuln: nur der siebente und achte Weg verstanden werde, wird niemand läugnen. Wird nun hinzugefügt: **aber in obgemeldten Artikuln soll das Wiederrecht statt haben**; so kann dies doch nichts weiter heissen, als daß man in allen übrigen Wegen, in so weit deshalb nicht schon vorher ein anderes verordnet worden, wiederklagen könne. Denn solte ausser dem siebenten und achten Wege bey allen übrigen die Wiederklage zuläßig seyn; so würde folgen, daß auch im ersten Wege die Reconvention statt hätte. Dies ist aber ausdrücklich verboten, und ganz deutlich verordnet, daß der Kläger nicht in Wiederrecht für die Räthe gezogen werden soll. Da sich nun der zweyte Weg namentlich auf den ersten beziehet 4): **die dann nach laut jetzt gemeldter Ordnung gleicher Massen wie die neun Räthe** — weiter also nicht, mithin auch nicht im Wiederrecht — **zu handeln und zu sprechen Macht haben**; so folgt unmittelbar, daß in den Worten: **in obgemeldten Artikuln**: nur von dem dritten, vierten, fünften und sechsten Wege die Rede sey, weil bey diesen vier Wegen der Grund des obbemerkten Verbots wegfällt 5). Nicht allein aber in den eben gedachten vier Wegen, sondern auch bey den übrigen Gattungen der Austräge der ersten, an-

dern und vierten Ordnung muß der Kläger sich in die Reconvention einlassen, wo nicht die Sache so beschaffen ist, daß schon nach gemeinem Recht die Wiederklage unstatthaft ist.

1) C. G. O. von 1495. Tit. XXVI. §. 1. C. G. O. von 1555. P. II. T. IV. §. 2. Conc. C. G. O. l. c. §. 1.

2) C. G. O. von 1521. Tit. XXXIV. §. 13. C. G. O. von 1555. l. c. §. 16. und Concept. C. G. O. ebendas. §. 19.

3) l. c. ad n. 144 seq.

4) C. G. O. von 1521. l. c. §. 2. C. G. O. von 1555. l. c. §. 6. Concept. C. G. O. l. c.. §. 5.

5) Denn im dritten wird ein unpartheyischer Fürst, im vierten ein unpartheyischer Kayserlicher Commissarius, und im fünften und sechsten Wege werden die von beyden Theilen ernannte oder erwählte Personen zu Austrägalrichtern bestellet.

6) In Spolien Sachen ceßiret also die Wiederklage, wo nicht der Kläger gleichfalls ein Spolium begangen, und darauf reconveniret wird. cf. DECKHERR l. c. ad n. 148. Daß wegen einer solchen Sache, weshalb die Jurisdiction der Austräge gar nicht fundiret ist, die Wiederklage unzuläßig sey, darf ich wohl nicht erinnern.

§. 83.

Nach geendigter Austrägalinstanz, das ist nach gefällerem Austrägalerkenntniß, steht den Partheyen, wenn sie sich durch den Spruch der Austräge beschwert erachten, der Weg an die Reichsgerichte offen. Denn wenn gleich in der C. G. O. nur allein der Appellation an das Kayserliche Reichscammergericht erwähnet wird; so ist doch dadurch, wie wir bereits oben gezeiget haben, der Weg an den Reichshofrath nicht verschlossen, sondern es hängt viel-

vielmehr von der freyen Willkühr der Parthеyen ab, bey welchem der höchsten Reichsgerichte sie ihre Beschwerden anbringen wollen. Nur versteht es sich von selbst, daß sie alle bey andern Appellationen an die Reichsgerichte vorgeschriebene Fatalien und Formalien gleichfalls beobachten müssen. Ohne mich also hiebey aufzuhalten, begnüge ich mich, allein dasjenige anzuführen, was bey den Appellationen von den Austrägalerkenntnißen in Sachen gemeine schlechte Entsetzung betreffend besonders verordnet ist. An statt, daß sonst der Appellant nur binnen vier Monaten seine Appellation einführen darf, muß solches hier innerhalb drey Monat, von dem Tag der interponirten Appellation angerechnet, geschehen 1). In andern Sachen wird der Appellationseyd bey dem Reichscammergericht abgelegt, in Spolien Sachen aber muß er vor den Austrägen abgeschworen werden 2), wenn der Appellant sich aus dem Justinianeischen Gesetzbuch der Wohlthat: NON PROBATA PROBANDI; ET NON DEDVCTA DEDVCENDI 3) bedienen will. Den Unterschied, der bey Edition der Acten vorkömmt, habe ich schon oben angegeben, daß nemlich solche innerhalb sechs Wochen auf Kosten des Entsetzers 4) ausgeliefert werden sollen, da sonst der Appellant die Acten der ersten Instanz auslösen muß.

1) C. G. O. von 1555. und Concept. C. G. O. P. II. Tit. VIII. §. 9. „Wo aber der beklagte Churfürst, Fürst oder Fürstmäßig das Urtheil verlieren, und davon or-

dentlicher Weiß, vermög der Recht appelliren würde, so soll er schuldig seyn, seine Appellation in dreyen Monathen von Zeit der ordentlichen interponirten Appellation anzurechnen, am Kayserl. Cammergericht anzubringen und anhängig zu machen „ cf. R. A. von 1654. §. 67.

2) C. G. O. von 1555. und Concept. C. G. O. l. c. und soll dem Appellanten in solcher andern Instanz, nichts neues einzubringen zugelassen werden, er thue denn den Eyd deswegen in dieser Cammergerichtsordnung bey vielgemeldten Austrägen bestimmet und ausgedruckt.

3) Die Wohlthat, welche in L. 4. C. de tempor. & reparat. appell. enthalten ist, wird von den Juristen *Rosa inter spinas* genannt, weil es unter den übrigen mit ihm in Gesellschaft stehenden Gesetzen fast das einzige Brauchbare ist, was noch Nutzen hat.

4) C. G. O. von 1555. l. c. §. 12. und Conc. C. G. O. l. c. §. 13. Und sollen die Niedergesetzten oder der Commissari, oder der erwählte Fürst schuldig seyn, auf des Klägers Ansuchen alle ergangene Gerichtsacta in sechs Wochen aufs längste herauszugeben, auf des Entsetzers Kosten. Die Unterschiede unter den ordentlichen Austrägen und der schlechten Entsetzung hat überhaupt angegeben IO. GE. ESTOR im Progr. von der Nothwendigkeit die Gerichtspraxin auf Universitäten zu lehren. (Jena 1735.) pag. 34 seq. und IO. PHIL. HAHN in diss. de eo quod iust. est in caussis spolii (Magd. 1752.) Sect. VI.

Dritter Abschnitt,
von dem
Verhältniß der acht Wege unter sich.

§. 84.

Nachdem wir anjetzt gezeiget, daß der Kläger acht Wege habe, auf welchen er gegen einen Fürsten zu seinem Recht zu gelangen suchen könne, und nachdem wir das Unterscheidende eines jeden Weges kennen gelernet; so nähete ich mich nun meinem Hauptzweck, und werde kürzlich angeben, welcher Weg dem Kläger der vortheilhafteste sey. Um ihm hierinn die Wahl so viel möglich zu erleichtern, halte ich es für nöthig in dem noch übrigen Theil gegenwärtiger Abhandlung das Verhältniß der Vortheile und Unbequemlichkeiten, die mit einem jeden Wege verknüpft sind, genau zu bestimmen, wobey ich dieselbige Ordnung beybehalten werde, die ich oben erwählet gehabt.

§. 85.

Wer es weiß, wie kostbar Proceße zu führen sind, der wird gewiß allemal den Weg sehr vortheilhaft finden, wo er auf die Bestellung der Austräge gar keine Kosten verwenden darf. Diesen Vortheil genießt der Kläger bey denjenigen Wegen,

da

da die Austräge allein aus des beklagten Fürsten Räthen bestehen. Folglich muß der Beklagte beym ersten, zweyten, siebenten, und achten Wege die Austrägalrichter auf seine alleinige Kosten bestellen, ohne daß der Kläger hiezu das geringste beytragen darf 1). Bedenkt man hiebey, daß in diesen ebengenannten Wegen keine Wiederklage statt habe, (§. 82.) und daß der Beklagte, dem es oft sehr lästig seyn kann, so viele Räthe niederzusetzen, als die C. G. O. beym ersten und achten Wege verlanget, hiedurch leicht bewogen werden könnte, sich lieber in Güte mit dem Kläger abzufinden, als ein für ihn so beschwerlich Austrägalgericht zu bestellen; so sind dies solche Vortheile, welche einem Kläger diese Gattung der Austräge sehr annehmlich machen müssen.

1) Es ist nemlich von der Bestellung oder Besoldung der Austräge, nicht aber von den Gerichts- oder Canzleysporteln die Rede, als welche letztere der Kläger allerdings entrichten muß. DECKH. l. c. ad n. 162.

§. 86.

Es ist wahr, diese Wege scheinen so vorzüglich zu seyn, daß der Kläger sie billig vor allen andern wählen müßte, und dennoch trage ich Bedenken, ihm solche anzurathen. Ein Kläger, der unter mehrern Richtern wählen kann, wird zuverläßig denjenigen allen übrigen vorziehen, von dem er mit größter Wahrscheinlichkeit erwarten darf, daß er nach der strengsten Unpartheylichkeit richten werde, und dem mit Grunde kein Verdacht irgend

einer Partheylichkeit entgegen stehet. Nun zweifle ich, ob ein solcher Verdacht von des Beklagten eigenen Räthen ganz entfernt seyn könne. Ich weiß zwar wohl, daß sie beeydiget werden, beyden Theilen gleiches Recht zu sprechen, und sich darinn durch nichts verhindern zu lassen, wo durch sie also dem Beklagten gewissermassen mit verpflichtet sind. Es ist mir auch nicht unbekannt, daß sie sogar aller Eyden und Pflichten, womit sie ihren Herren verwandt sind, in soferne es die in Streit befangene Sache betrift, entlassen werden. Folglich dürfte wohl in Absicht ihrer Unpartheylichkeit nichts zu befürchten seyn, vornemlich wenn man bedenkt, daß Männer von Religion jederzeit ihres, beyden Theilen, wegen einer gleichen Justitzpflege, geleisteten Eydes eingedenk seyn, und ihren Herrn, wenn er Unrecht hat, eben so gut verurtheilen werden, als einen andern, der ihr Herr nicht ist, weil ohnedem ein rechtschaffener Fürst dieses allemal als den größten Beweis ihrer Redlichkeit ansehen muß. Allein, wenn ich gleich weit entfernt bin, zu behaupten, daß solche aus des Beklagten Räthen verordnete Austräge ihrem Eyde entgegen dem Kläger nicht so gut, als dem Beklagten Recht sprechen solten; so wird doch auch niemand läugnen, daß es immer schwer, wo nicht unmöglich seyn werde, dem Kläger allen Verdacht zu benehmen, und eben so wenig wird man einen solchen Verdacht ganz ungegründet nennen können. Denn haben gleich des Beklagten Räthe geschwo-

ren, beyden Theilen unpartheyisch Recht wiederfahren zu lassen; so bleiben sie doch ungeachtet der Entlassung von ihren Eyden im Dienste des Beklagten, und also in einer ziemlich genauen Verbindung mit ihm. Wer wird aber noch daran zweifeln, daß sie auch bey dem ernstlichsten Vorsatz ganz unpartheyisch zu seyn, in einer nur irgend dunkeln oder zweydeutigen Sache nicht immer geneigter seyn werden, eher für, als wider den beklagten Fürsten ihren Herrn zu sprechen. Und welche Sache ist, welche nicht zwey Seiten oder wenigstens einige Scheingründe für sich hätte. Der Kläger mag also vorbringen, was er will, so werden die Austräge, bey dem eingeschränkten menschlichen Verstande, doch allemal die Sache aus einem solchen Gesichtspunkte betrachten, der für den Beklagten ihren Herrn der vortheilhafteste ist 1), und dieses um so mehr, wenn gar der Herr Anlaß nehmen würde, mündlich oder schriftlich durch eigene Handbriefe seinen niedergesetzten Räthen die Gerechtigkeit seiner Sache etwas näher zu detailliren, als er sonst vor den Austrägalrichtern zu thun Bedenken trägt.

1) Wenigstens wird die Sache selbst sich ihnen nur allein auf der besten Seite darstellen. Ich will jetzt dessen nicht einmal gedenken, daß es leicht möglich seyn kann, daß der Fürst, welches freylich nicht seyn solte, sich vorher ihres Raths in dieser Sache bedienet, oder sie doch um ihre Meinung befraget, und daß sie also die Sache beständig eben so beurtheilen werden, als sie zu der Zeit, da sie ihrem Fürsten riethen, davon urtheilten. Das versteht sich aber von selbst, daß ihr Sentiment

von

von der Sache für den Fürsten ausgefallen, weil er gewiß keine Räthe zu Austrägalrichtern niedersetzen wird, von denen er schon zum voraus weis, daß sie seine Sache von einer unrechten Seite ansehen. Man setze nun gar den Fall, daß sich bey den Austrägen die Besorgniß einstellte, daß sie vielleicht ihren Dienst verlieren könnten, wenn die Sache, zumal wenn sie wichtig und dem Herrn daran gelegen ist, nicht für den Beklagten entschieden werden sollte.

§. 87.

Es sind vielleicht diese Besorgnisse des Klägers die mehreste Zeit ungegründet, und ich bin überzeugt, daß unsere teutsche Reichsfürsten, und ihre Räthe, welche zu Austrägen bestellet werden, viel zu gerecht sind, als daß sie Gelegenheit zu einem solchen Argwohn geben, und nicht nach der strengsten Unpartheylichkeit Recht sprechen solten. Allein dem ungeachtet bleibt doch der Verdacht, und wenn es auch nur Scheinbesorgnisse sind; so wird er doch immer ein widriges Erkenntniß befürchten. Ich glaube daher schwerlich, daß man mit **Estor** 1) diese Wege vor des Beklagten alleinigen Räthen einem Kläger vorzüglich empfehlen kann. Sein erster Grund, warum er diese Wege anräth, ist dieser, weil er dem Kläger kein Geld kostet. Allein solte wohl ein Kläger um Kleinigkeiten auf eine Austrägalinstanz dringen? Gewiß nicht. Es sind mehrentheils wichtige Forderungen, Rechte und Befugnisse, weshalb man mit den Fürsten rechtet. Wenn also der Kläger auch bey den übrigen Wegen etwas mehr Geld auf die

Be-

Bestellung des Richters verwenden muß: so kömmt dies doch gegen die vielen mit diesen Wegen verknüpften Unbequemlichkeiten in gar keine Betrachtung. Eine unpartheyische Justitzpflege ist es, was er sucht. Kann er sich diese versprechen; so wird er auf einen etwanigen größern Kostenaufwand nicht sehen. Hat er eine gerechte Sache gehabt; so kann er von einem unpartheyischen Richter immer erwarten, daß der Beklagte verurtheilet werde, ihm alle Kosten wieder zu erstatten. Werden aber auch die Kosten compensiret; so wird er gerne die etwas mehreren Kosten verschmerzen; wenn er nur in der Hauptsache gewonnen. Die Kosten können ihn also nicht bewegen, diese Wege den übrigen vorzuziehen. Den zweyten Vortheil setzt **Estor** 2) darinn: daß die höchste Reichsgerichte sehr geneigt wären die Appellationsprocesse von den Austrägalurteln zu erkennen, wodurch der obsiegende Theil genöthiget würde, seiner gehabten Unkosten ungeachtet, den Proceß in der zweyten Instanz von neuem durchzuführen. Allein dies kann als kein Vorzug angeführet werden, da von allen Austrägalurteln appelliret wird. Glaubt indessen **Estor**, wie es scheint, daß es dem Kläger nichts hindere, wenn er auch in der Austrägalinstanz verlöhre, weil er doch allemal in der Appellationsinstanz sich eine bessere Urtel versprechen dürfte; und will er hiernach den Vortheil berechnen, daß ihm die Untersuchung in der ersten Instanz kein Geld gekostet, an statt, daß er bey den übrigen Wegen viele Ausga-

gaben gehabt, ohne dadurch etwas mehreres zu erhalten; so bleibt der Vortheil gewiß sehr geringe, wenn er sich denselben durch eine widrige Urtel erst erkaufen soll. Der dritte von ihm angegebene Vorteil ist von eben so weniger Erheblichkeit. **Estor** nennt es einen Vortheil des Klägers, daß er nicht im Wiederrecht für die Räthe gezogen werden kann. Es ist dies freylich ein Vortheil, aber kein solcher, der diesem Weg einen Vorzug vor den andern giebet. Denn was kann es dem Kläger schaden, vor einem unpartheyischen Richter reconvenirt zu werden. Ich halte es besser, sich vor einem unpartheyischen Richter auf die Wiederklage einzulassen, und die Hauptsache zu gewinnen, als Gefahr zu laufen, oder doch besorgt zu seyn, diese zu verlieren, damit man nur nicht auf die Wiederklage antworten dürfe.

1) l. c. p. 33. Der erste betrift die bey den ordentlichen Austrägen vorkommende Frage: welcher unter den acht Wegen, da Churfürsten, Fürsten oder Fürstmäßige von Klägern geringern Standes zu Recht gefordert werden, der vortheilhaft- und rathsamste sey? dieser ist ohne Zweifel derjenige, wenn man den Beklagten ersucht, vor seinen eigenen Räthen Rechtens zu pflegen. In mehrerem Betracht erstlich derselbe den Kläger kein Geld kostet, dahingegen die sämmtliche übrige abseiten des Klägers einen Vorschuß erfordern.,,

2) l. c. ,,Und wann sich gleich jemand leichtere und geschwindere Hofnung durch die übrige Wege zu einer obsieglichen Urthel machen wolte; so sind doch zweytens die höchste Reichsgerichte in Erkennung der Appellationsprocesse von den Austrägalurtheln gar geneigt, und dadurch wird der obsiegende Theil dennoch genöthiget, seiner ge-

habten Unkosten ohnerachtet den Proceß in der zweyten Instanz von neuem durchzuführen.,,

§. 88.

Unter diesen vier Wegen, die aus des Beklagten Räthen allein bestehen, sind der erste und achte Weg so beschaffen, daß der Kläger bey Bestellung der Austräge gar nicht concurriret, sondern schlechterdings die neun Räthe annehmen muß, die der Beklagte ernennet. Und ob er gleich bey dem zweyten und siebenten Wege gewissermassen eine Wahl hat, indem er entweder aus den vorgeschlagenen neun, oder aus allen Räthen des Beklagten die bestimmte Anzahl von sieben oder fünf Räthen erwählen kann; so ist dies zwar etwas, so diese beyde Wege vor dem ersten und achten empfiehlet; es sind aber doch immer die Räthe des Beklagten allein, die das Amt eines Richters verwalten. Folglich bleibt auch immer die oben (§. 86.) angeführte Besorgniß, weshalb diese beyden Wege dem Kläger nicht vortheilhaft zu seyn scheinen.

§. 89.

Weit vortheilhafter sind unstreitig die Wege, da der Kläger selbst Richter in Vorschlag bringen und bestellen kann, auf deren Treue und Rechtschaffenheit er sich zu verlassen im Stande ist. Dieses Recht übt er im fünften und sechsten Wege aus. Eine genaue Gegeneinanderhaltung der Vortheile und Unbequemlichkeiten wird zeigen, welcher von diesen beyden Wegen dem Kläger am vortheilhaf-

testen

testen sey. Bey dem fünften Wege wissen wir, daß der Kläger dem Beklagten neun Personen vorschlägt, woraus dieser zwo erwählet, und daß dagegen der Beklagte dem Kläger gleichfalls neun Räthe ernennet, aus welchen er drey erkieset, und daß diese fünf Personen in der Austrägalinstanz urtheilen und die Streitigkeiten der Partheyen entscheiden. Da nun in diesem Wege nicht alles auf des Beklagten Räthe allein ankömmt, sondern die von Seiten des Klägers ernannte Personen gleichsam die Controlle machen, und ihn für alle Partheylichkeit sichern; so erhellet hieraus unläugbar, daß dieser Weg vor den erstgenannten vier Wegen den Vorzug verdiene, und dem Kläger eine unpartheyische Justizpflege hoffen lasse.

§. 90.

Allein nichts destoweniger befürchte ich, und vielleicht nicht ohne Grund, daß er bey diesem Wege doch noch nicht ganz sicher sey. Es hat freylich seine Richtigkeit, daß er bey einer solchen Untersuchung geruhiger seyn könne, als wenn die ganze Entscheidung seines Rechts nur allein von Richtern abhängt, die in des Beklagten Diensten, Besoldung und Brod stehen. Er weiß jetzt, daß nichts decretirt oder vorgenommen werden kann, als worüber auch die von ihm vorgeschlagene Männer befragt worden. Wer giebt ihm aber die Versicherung, daß sie auch ihre Einwilligung und Zustimmung zu den Verordnungen, und Austrägal-

erkenntnissen gegeben. Gewiß niemand. Drey Räthe des beklagten Fürsten überstimmen allemal, wenn sie einstimmig sind, die beyden vom Kläger ernannte Austräge, ohne daß sie durch ihren Widerspruch das Urtheil der Fürstlichen Räthe zu ändern vermögend sind, weil auch hier die Mehrheit der Stimmen entscheidet. Denn das IVS EVNDI IN PARTES möchte im gegenwärtigen Fall wohl nicht anwendlich werden, wo nicht Kläger und Beklagte verschiedener Religion sind. Denn alsdann würde es nach klarer Vorschrift des Westphälischen Friedensschlusses 1) allerdings auch hier statt finden. Bey Streitigkeiten unter Partheyen einerley Religion entscheiden immer die mehresten Stimmen. Diese haben beständig die Fürstlichen Räthe, und also wird schon aus diesem Grunde der fünfte Weg dem Kläger eben so wenig anzurathen seyn.

1) I. P. O. art. V. §. 52. In caussis religionis, *omnibusque aliis negotiis*, vbi status tanquam vnum corpus considerari nequeunt, *vt etiam Catholicis & Augustanae confessionis statibus in duas partes euntibus*, *sola amicabilis compositio lites dirimat*, *non attenta votorum pluralitate.* So wie nun hiedurch überhaupt das Ius eundi in partes festgesetzt ist, und in Religionssachen niemals die Mehrheit der Stimmen entscheiden kann; so muß auch nach der Analogie der Reichsgerichte, denen gleichfalls das Ius eundi in partes in I. P. O. art. V. §. 55. versichert ist, solches auch bey den Austrägen statt haben. Man vergleiche hiebey I. P. O. art. V. §. 1. und 9. Pluralitas votorum in caussis religionem *siue directe*, *siue indirecte concernentibus*, *nequaquam attendatur*.

§. 91.

§. 91.

Die Furcht, welche der Kläger wegen der grössern Anzahl der Fürstlichen Räthe bey dem fünften Wege hat, verschwindet ganz bey dem sechsten. Hier hat der beklagte Fürst nicht den geringsten Vorzug vor dem Kläger voraus. Beyde Partheyen haben in Absicht der Bestellung der Austräge gleiche Rechte. Sie ernennen, ohne daß einer dem andern vorher erst einige vorschlagen darf, zween unpartheyische Männer, zu denen sie das mehreste Vertrauen haben (§. 59.) Von dieser Seite ist also der Kläger sicher, daß die Fürstlichen Räthe gegen seine erwählte Austräge keine Maiora machen können. Er ist überzeugt, daß ohne ihre Einwilligung und Zustimmung nichts erkannt und expedirt werden darf. Beym fünften Wege hingegen weiß er nur, daß sie gefragt, nicht aber ob auf ihre Stimmen Rücksicht genommen worden. Es sind also in der That wichtige Vorzüge, welche der Kläger sich vom sechsten Wege zu versprechen hat. Er kann mit der größten Wahrscheinlichkeit völlig unpartheyisches Recht erwarten, und gewiß seyn, daß zu seinem Nachtheil nichts vorgenommen werden könne, da zween Männer mit Richter sind, die für seine Interesse, so weit es rechtlich ist, sorgen werden, und auf deren Redlichkeit und Unpartheylichkeit er sich verlassen kann.

§. 92.

Solten aber diese ansehnlichen Vortheile keine Schwierigkeiten mit sich führen? Allerdings sind

sie mit grossen Beschwerden verknüpft. Man rechne nur, wie lästig es dem Kläger seyn müsse, daß er, welches der sechste mit dem fünften Wege gemein hat, die von seiner Seite ernannte Personen auf seine Kosten bestellen, und besolden muß. (§. 60.) Es hat zwar der beklagte Fürst in Ansehung seiner niedergesetzten Räthe gleiche Verbindlichkeit 1); allein dem Fürsten wird dies nicht halb so beschwerlich, als dem Kläger. Die Räthe sind schon einmal in seinen Diensten, er giebt ihnen ohnedem ihre Besoldung, und sein Etat ist schon einmal darnach eingerichtet; mithin empfindet der Fürst nichts davon, daß er seine Räthe auf seine Kosten niedersetzen muß. Der Kläger hingegen fühlt die ganze Last allein, vornemlich wenn der Beklagte die Sache zu verzögern bemüht ist, und dadurch den Kostenaufwand vergrössert. Hiezu kommt noch eine andere Bedenklichkeit, daß die Fürstlichen Räthe durch ihr Ascendant und grösseres Ansehen, die vom Kläger gesetzte Austräge durch Versprechungen oder Drohungen im Namen des Fürsten sehr leicht nach ihrem Sinne werden lenken können, und daß also auch hier eine ungleiche Justitzpflege zu besorgen ist. Gesetzt aber auch, sie wären unbeweglich, und bestünden auf ihre Meinung; so wäre doch nichts gewisser, als eine Stimmgleichheit, welche durch Anordnung eines vom Kayser zu erbittenden oder von den Partheyen zu erwählenden Obmanns, zu neuen Kosten und Zeitverlust Anlaß giebt 2).

1) C.

1) C. G. O. von 1521. Tit. XXXIV. §. 6. doch daß jeden Parts zween Zugesetzte auf seinen, und der Obmann auf gemeinen Kosten gesetzt werde. C. G. O. von 1555. und Conc. C. G. O. P. II. Tit. IV. §. 11.

2) Von der Wiederklage erwehne ich nichts, da sie ausser den Austrägen, die aus des Beklagten Räthen allein bestehen, bey allen andern Austrägen statt hat.

§. 93.

Haben nun die vorigen sechs Wege wegen des großen Uebergewichts oder doch merklichen Einflusses der Fürstlichen Räthe ihre vielen Bedenklichkeiten, daß der Kläger sich vielleicht keinen von denselben zu erwählen entschliessen möchte; so ist ihm nur noch unter dem dritten und vierten Wege die Wahl übrig. Beyde kommen darinn überein, daß so wenig des Beklagten, als Klägers Räthe zu Austrägen bestellet werden. Bey dem dritten Wege wird ein unpartheyischer Fürst, der gar kein Interesse an der Sache hat, zum Austrägalrichter erkohren. Der Kläger selbst wählet sich denselben aus dreyen ihm vom Beklagten vorgeschlagenen Fürsten, und kann sich um so mehr eine völlig unpartheyische Justitzpflege versprechen, als hier alle die Besorgniße wegfallen, welche den vorigen Wegen entgegen stehen, und dem erwählten Fürsten es sehr gleichgültig seyn wird, ob der Kläger oder Beklagte gewinnt. Daher sich dann kein Grund denken lässet, warum der Fürst mehr zum Vortheil des Beklagten, als des Klägers sprechen solte.

§. 94.

So groß auch immer der Vortheil seyn mag, daß bey diesem Wege gar keine Räthe des Beklag-

ten concurriren, und der Kläger sich seinen Richter selbst wählt; so bedenklich ist es doch, daß der Beklagte drey Fürsten nach eigenem Gutdünken ernennen kann, woraus der Kläger nothwendig wählen muß, mithin ist seine Wahl sehr eingeschränkt. Große Herren pflegen sich selten einander abzustehen, und wer kennt die Verbindungen, in denen der Beklagte mit den vorgeschlagenen Fürsten steht? Wer weiß es, ob er sie nicht schon vorher, unter Anerbietung AD RECIPROCA oder durch sonstige Insinuationen, die bey Höfen nicht selten sind, zu seinem Vortheil zu disponiren gesucht? Oder wer hindert ihn es in der Folge zu thun? Und wie, wann der zum Austrägalrichter erkohrne Fürst den Vorstellungen des Beklagten glaubet, wer verbietet es ihm, seinen subdelegirten Räthen Vorschriften zu ertheilen, die in die Entscheidung der Sache selbst Einfluß haben. — Die Gesetze möchten hiezu wohl nicht immer hinlänglich seyn. — Alle diese Bedenklichkeiten, wenn sie auch noch so ungegründet sind, werden natürlich einem jeden beyfallen, wenn man nur etwas hierüber nachdenkt, und werden zugleich einen Kläger abhalten, diesen Weg zu erwählen.

§. 95.

Erbittet man sich vom Kayser einen unpartheyischen Commissarius, wies dem Kläger nach dem vierten Wege freystehet; so fällt freylich aller Verdacht einer Partheylichkeit von selbst weg. Und war es bey den vorigen Wegen als ein großes Hinder-

derniß einer unpartheyischen Justizpflege angeführet, wann der Beklagte bey Bestellung der Austräge gar zu vielen Einfluß hat; so ist dieser Weg schon deswegen allen übrigen vorzuziehen, weil der Kayser selbst diesen Commissarius ernennet, ohne daß der Beklagte dagegen etwas zu erinnern vermögend ist, wo er nicht rechtmäßige Ursachen, ihn zu recusiren hat. Aus diesem Grunde hat auch der verstorbene Freyherr von **Cramer** 1) diesen Weg dem Kläger am vortheilhaftesten gehalten. Ich läugne nicht, dieser Weg hat viele Vortheile vor allen andern voraus, allein er ist doch auch nicht ganz frey von Unbequemlichkeiten. Man nehme nur einmal an, was der Kläger sich schon allein dadurch für eine Last aufbürdet, daß er alle Kosten der Commißion allein übernehmen muß, und noch dazu dem Beklagten in Wiederrecht zu stehen verbunden ist. Zwar meint **Cramer** 2), daß diese Beschwerde in Vergleichung des überwiegenden Vortheils sehr geringe sey, weil hier aller Verdacht der Partheylichkeit verschwinde, und dem Beklagten gewiß die Erstattung der Kosten in der Urtel würde auferlegt werden. Allein zu geschweigen, daß auch hier dieselbigen Bedenklichkeiten eintreten können, deren ich im vorigen §. gedacht; so würde der Beklagte, um es dem Kläger recht lästig machen, zuverläßig allen Fleiß anwenden, diesen Proceß, so viel nur immer möglich ist, zu verlängern. Und dann ist es doch immer zweifelhaft, ob die Kosten in der künftigen Urtel nicht compensiret werden.

1) in syst. proc. imp. l. c. §. 349. woselbst er diesen Weg demjenigen vorzieht, da die Austräge allein aus des Beklagten Räthen genommen werden. Ille enim sagt er, omnem partialitatis excludit metum, hic vero eundem quam maxime excitat.

2) l. c. Et quamuis *in hoc* (scil. modo procedendi coram *solis rei* Consiliariis) sumtibus rei omnia peragantur, iidem tamen ipsi refundendi sunt, si actor caussa cadit, quod ob Iudicium rei in propria causa valde metuendum. Vnde securius est, sumtus iudicii coram Commissario erogare, quoniam ob cessantem partialitatis metum, spes est fore, vt ad eos refundendos Reus condemnetur. In der Note führt er noch an, daß nach dem Zeugniß des Herrn Etatsraths MOSER dieser Weg am häufigsten vorkomme, und daß die Unterthanen schlechthin gezwungen wären, ihren Landesherrn vor seinem eigenen Gericht zu belangen. Er druckt sich hierüber so aus: Eo facilior intellectu est ratio, *quo certius onus subditorum censetur*, *quod Dominum in foro proprio conuenire teneantur*, iis haud arridens, qui alias vias ingredi possunt. Allein (§. 44. 45.) habe ich es bereits bewiesen, daß den Unterthanen gegen ihren Landesherrn eben sowol, als einem jeden andern die Wahl frey stehe, sich unter den acht Wegen denjenigen zu erwählen, den er für sich am rathsamsten hält. MOSER behauptet auch keineswegen in seinem Tractat de commissionibus ad Austraegas, daß dieser Weg der gewöhnlichste sey, sondern er sagt vielmehr §. 33. Uebrigens zeigen zwar die von mir in dieser Materie beygebrachte Exempel, daß dieselbe bey dem Reichshofrath nicht gänzlich ausser aller Uebung sey. Indessen kann ich doch auch selbst nicht anders sagen, als daß sie zu denenjenigen gehören, welche am seltensten fürkommen, indem bekanntermassen heut zu Tag überhaupt die Austrägalgerichte wenig mehr fürkommen, und wo auch ja jemand die Sache vor denen Austrägen anhängig machen will, oder muß, so hat er doch allerley Wege, die er gebrauchen kann, da es dann eben

eben diesen, sich einen Commissarium auszubitten, nicht allemal trift.

§. 96.

Ein jeder Weg hat also seine Vorzüge und damit verknüpfte Schwierigkeiten. Ich habe mich bemühet, getreulich dasjenige anzuzeigen, was diesen oder jenen Weg besonders zur Empfehlung gereicht, allein ich habe es auch zugleich für meine Pflicht gehalten, nicht die Unannehmlichkeiten zu verschweigen, welche dem Wanderer auf diesem oder jenem Wege aufstossen können, damit er bey seiner Wahl behutsam verfahren möge. Denn wie kann man eine Wahl mit Ueberlegung anstellen, wenn man die Mittel, worunter man wählen soll, nicht von ihrer guten und bösen Seite kennet? Will man hierüber ein richtiges Urtheil fällen; so muß man die Vortheile und Unbequemlichkeiten aller acht Wege genau mit einander vergleichen, und denjenigen wählen, da der Kläger die mehresten Vortheile zu hoffen, und den wenigsten Schaden zu befürchten hat. Man wird alsdann leicht gewahr werden, daß diejenigen Wege, wo die Austräge aus des Beklagten Räthen allein niedergesetzt sind, dem Kläger die wenigsten Vortheile erwarten, sondern im Gegentheil den größten Nachtheil besorgen lassen. Folglich würden der erste, zweyte, siebente und achte Weg gleich verworfen werden, und nicht mit auf die enge Wahl kommen. Diese würde nur unter dem dritten, vierten, fünften und sechsten Wege anzustellen seyn. Allein auch

hier wird man bey einer genauern Prüfung sehr bald den dritten und fünften Weg als solche fahren lassen, welche dem Kläger wegen des gar zu grossen Einflußes, den der Beklagte dabey hat, gefährlich werden können. Es bleibet demnach nur der vierte und sechste Weg übrig, welche einen Vorzug vor allen andern verdienen. Soll aber unter beyden gewählet werden; so ziehe ich doch den sechsten dem vierten vor.

1) Es versteht sich, daß diese Vortheile nicht nach dem Geldbeutel bestimmet werden müssen. Will ein Kläger gerne sparen; (denn es giebt Leute, welche um einen gegenwärtigen kleinen Verlust zu entgehen, lieber ihr ganzes Vermögen aufs Spiel setzen,) so wird er freylich einen solchen Weg wählen, der ihm kein Geld kostet. Diesem ist aber auch nicht zu rathen, weil alle Gründe, die man ihm dagegen anführen würde, ihn doch nicht überzeugen werden. In dem Fall möchte indessen einer von diesen Wegen dem Kläger zu empfehlen seyn, wenn er seine Forderung schon halb aufgegeben, und keine Kosten weiter zur Erhaltung derselben verschwenden, aber doch noch einen Versuch machen will, ob er nicht ohne viele Kosten auf einem solchen Wege zu dem Seinigen gelangen könne.

§. 97.

Die Vortheile welche dieser sechste Weg gewähret, sind (§. 91.) von mir angegeben, und mehrere verlangt kein billiger Kläger. Er ist zufrieden, wenn er nur mit Ueberzeugung hoffen darf, daß der Richter keinem Theil günstiger sey, als dem andern, sondern beyden Partheyen ohne Ansehen der Person, und ohne Nebenabsichten unpartheyisch

Recht

Recht wiederfahren lassen werde. Wie kann er aber bey irgend einem Wege hievon mehrere Gewißheit erhalten, als bey diesem, wo er selbst solche Männer zu Austrägen sich erwählen kann, deren Redlichkeit und Rechtschaffenheit er schon längst durch die Erfahrung und ihm bekannte Proben bestättigt gefunden? Und ist es nicht immer ein sehr grosser Vortheil, daß der Kläger bey Bestellung der Austräge mit dem beklagten Fürsten gleiche Rechte hat, indem dieser keine mehrere ernennen darf, als jener. Der Kläger ist hier mit dem Beklagten völlig gleich gemacht, und auch in dem geringsten Stücke hat dieser vor jenem nichts voraus. Um den Vorzug, den der Kläger bey diesem Wege hat, recht einleuchtend zu machen; so nehme man den Fall an, daß ein Landstand, oder eine Stadt mit ihrem Landesherrn Irrungen hat, welche in Güte nicht beygeleget werden können, sondern durch Austräge rechtlich entschieden werden sollen. Ist es dann nicht ein grosses Vorrecht eines Unterthanen, wenn er mit seinem Landesherrn eine gleiche Anzahl Richter bestellen kann, welche mit dem von Landesherrn gesetzten Räthen gleiche Macht und Ansehen haben, und wenn sein Herr sich vor den von ihm mit geordneten Richtern stellen, und von ihnen den Spruch erwarten muß?

§. 98.

Doch! die Vorzüge dieses Weges vor den übrigen bezweifelt vielleicht niemand. Es wird vielmehr nur darauf ankommen, ob ich auch die oben (§. 92.)

(§. 92.) angegebene Bedenklichkeiten, so mit diesem Wege verbunden sind, zu heben, und die Vortheile dieses sechsten Weges vor dem vierten zu beweisen vermögend bin. Der erste Einwand betraf die Kosten. Der Kläger muß die zween von ihm ernannte Austrägalrichter auf seine Kosten niedersetzen. Dieses soll ihm lästiger seyn, als den Fürsten, der seine Räthe ohnedem besoldet. Allein dieser ganze Einwand bedeutet im Grunde nichts. Die Kläger, von denen hier die Rede ist, sind bekanntlich Prälaten, Grafen, Herren, Städte und andere mittel- und unmittelbare Personen. Von den unmittelbaren Prälaten und Grafen des Reichs wird nicht leicht einer seyn, der nicht zween Räthe in seinem Dienste haben solte, die er zu Austrägen niedersetzen könnte. Bey der übrigen Gattung von Klägern aber muß man unterscheiden, ob es Landstände, Städte, Communen, oder andere Privatpersonen sind, die mit ihrem Landesherrn oder einem andern Fürsten rechten wollen? In Ansehung der erstern Claße wird der Kostenaufwand keine große Hinderniß seyn, indem solche gleichfalls besoldete Männer unterhalten, denen dies Amt anvertrauet werden könnte, und in Absicht der leztern überwiegen die ansehnlichen Vortheile, verbunden mit der Hofnung, den Beklagten in die Erstattung der Kosten verurtheilet zu sehen, allemal den etwanigen Kostenaufwand. Die zweyte Bedenklichkeit bestand in dem vermuthlichen Ascendant, welches sich die Fürstlichen Räthe über die an-

andern Austrägalrichter anmaßen dürften, und die deshalb zu besorgende ungleiche Justizpflege. Erwägt man aber, wie ich vorausgesetzt, daß der Kläger keine andere Austrägalrichter setzen werde, als solche, von denen er weiß, daß es kluge, redliche, geschickte und erfahrne Männer seyn; so verschwindet sogleich alle Besorgniß. Denn bey solchen Männern hat es keine Gefahr, daß sie den Fürstlichen Räthen in ihren Austrägalgeschäften etwas über sich einräumen werden. Sie kennen ihre Rechte und Befugniße, und wißen es, daß sie sowol, als die Fürstlichen Räthe, Kayserliche Commissarien 1) sind, von denen keinem ein Vorzug vor dem andern gebühret. Hätte der Kläger Männer gewählet, deren Rechtschaffenheit ihm nicht genug bekannt gewesen, und die, daß ich so rede, den Mantel auf beyden Schultern tragen; so wird er es sich selbst beyzumessen haben, daß er in seiner Wahl nicht vorsichtiger gewesen. Zuweilen würde es dem Kläger auch wohl zu rathen seyn, auswärtige, mit dem Beklagten in keiner Connexion stehende Männer zu Austrägen zu bestellen, wodurch alle anscheinende Furcht von ungleicher Verwaltung der Justiz um so eher ceßiret. Was endlich den dritten Einwurf von der Stimmgleichheit anlanget; so ist dies freylich eine Unbequemlichkeit, daß durch die Wahl eines Obmanns die Entscheidung der Sache verzögert, und größere Kosten erfordert werden. Das Uebel ist aber doch so groß nicht, daß es mit den ansehnlichen Vorthei-

theilen in ein Verhältniß kommen könnte. Der hieraus entstehende Zeitverlust, und mehrere Kostenaufwand muß auch in der That nur geringe seyn. Denn da der Obmann nur alsdann gewählet wird, wann die Austrägalrichter sich wegen eines gemeinschaftlichen Erkenntnisses nicht vereinbaren können; so folgt, daß die Untersuchung schon geendiget seye, und die Acten zum Spruch fertig liegen müssen. Und da zween Räthe in ihren Meinungen getheilt sind; so ist zu vermuthen, und mit ziemlicher Gewißheit zu behaupten, daß alle Gründe, welche für und wider diese oder jene Meinung seyn können, von einem jeden dissentirenden Theil zur Unterstützung seines Satzes gesammelt sind. Hiedurch aber ist dem zu erwählenden Obmann die Arbeit gar sehr erleichtert, und er darf nur allenfalls die beyden Relationen mit den Acten zusammen halten, beyder Referenten Gründe prüfen, und entweder einer von beyden Meinungen beypflichten, oder nach seinem eigenen Gutachten die Urtel sprechen.

1) Siehe des Herrn G. J. R. PUTTERS oft angezogene Dissert. §. 11. n. 1. Ideoque sagt er: quis dubitauerit, ex mente legis *recte omnes hodie Austraegas censeri simul commissarios caesareos?*

§. 99.

Sind nun auch die Schwierigkeiten gehoben, und völlig beseitiget, welche diesem sechsten Wege anscheinlich entgegen stunden; so wird jetzt wohl niemand daran zweifeln, daß dieser Weg allen übrigen vorzuziehen, und dem Kläger am vortheilhaftesten sey. Ich muß aber jetzt auch noch zeigen, wor-

worinn seine Vortheile in Ansehung des vierten Weges bestehen. Denn beyde empfehlen sich wegen der bey denselben vorzüglich zu hoffenden Unpartheylichkeit. Ein Vorzug den eine jede Parthey gewiß erkennen wird, ob man gleich solche billig bey allen Richtern als eine nothwendige Eigenschaft voraussetzen solte. Ich will indessen hiedurch so wenig irgend einen Richter einer Partheylichkeit beschuldigen, als ich es mir zu behaupten getraue, daß gerade bey diesen beyden Wegen beständig die größte Unpartheylichkeit würklich angetroffen werde, sondern nur daß nach aller Vermuthung der Kläger sich auf diesen beyden Wegen die mehreste Unpartheylichkeit versprechen könne. So lange der Mensch unterm Monde noch nicht von allen Fehlern gänzlich frey ist, und so lange Leidenschaften, Temperament, Verbindungen und dergleichen auf den Menschen würken, und zu dieser oder jenen Handlung verleiten können; so lange ist es auch immer möglich, daß die nach dem vierten und sechsten Wege gesetzte Austräge zuweilen nicht eben nach der strengsten Unpartheylichkeit handeln. Allein diese Möglichkeit stößt doch meinen Satz nicht um, daß der Kläger hieselbst wahrscheinlich die größte Unpartheylichkeit zu erwarten habe. Kann jemand unter mehrere Mittel wählen; so wird er immer dasjenige aussuchen, was ihm nach Gründen seinem Zweck am gemässesten zu seyn scheint. Von mehrern Richtern wählt er also denjenigen, dem er nach seiner Ueberzeugung aus Gründen die mehre-

ste Unpartheylichkeit zutrauet. Nun gebe ich gerne zu, daß in Ansehung der zu erwartenden Unpartheylichkeit der sechste Weg vor dem vierten nicht viel voraus habe. Allein bey der Bestellung der Austräge ist es doch allemal ein Vortheil, wenn bey jenem der Kläger sich die Hälfte seiner Richter selbst wählen kann. Der größte Vortheil aber besteht darinn, daß beym sechsten Wege die Austrägalrichter sowol, als der zu erwählende Obmann auf **beyder** Partheyen Kosten, beym vierten Wege hingegen der Kayserliche Commissarius auf des Klägers alleinige Kosten gesetzt werden. Ich läugne inzwischen nicht, daß dieses auch nur der einzige und Hauptvortheil des sechsten Weges vor dem vierten sey. Denn wenn auch der Kläger hier eben so viele Kosten verwenden müßte als bey der Kayserlichen Commißion; so ist es doch ein großer Unterschied, ob er allein die Kosten hergiebt, oder ob der Beklagte mit beyzutragen verbunden ist. Im erstern Fall fühlt der Kläger allein die ganze Last des Processes, und der Beklagte empfindet hievon nichts, weshalb er den Proceß zu verewigen suchen wird, um seinem Gegner die Last desto fühlbarer zu machen. Dies ceßirt im letztern Fall. Hier geht der Beklagte nicht frey durch, sondern muß eben so gut, wie der Kläger die von ihm gesetzte beyde Austräge besolden. Weil nun bey diesem sechsten Wege durchgehends eine völlige Gleichheit beobachtet, und kein Theil vor dem andern beschwert wird; so glaube ich mit Grunde diesem Weg den Vorzug vor allen übrigen zueignen zu können. Vier-

Vierter Abschnitt
von den
Fällen, worinn die Austräge nicht statt haben.

§. 100.

Ob es gleich eigentlich nicht zum Hauptvorwurf meiner gegenwärtigen Abhandlung gehöret, und ob es gleich anfänglich meine Absicht nicht war, diejenigen Fälle anzugeben, worinn die Austräge gar nicht statt haben; so bin ich doch auf Anrathen einiger Freunde bewogen worden, diese Materie nicht ganz unerörtert zu lassen. Ich werde deshalb in diesem vierten Abschnitt nicht nur kürzlich anzeigen, in welchen Fällen die Austräge gänzlich cessiren, sondern auch zugleich diejenigen Kunstgriffe nahmhaft machen, welche gemeiniglich, wiewohl ohne Grund, angewandt werden, um den Austrägen auszuweichen, und die Sache gleich bey den höchsten Reichsgerichten anhängig zu machen.

§. 101.

Daß die Austräge alsdann nicht statt haben, wann dem Beklagten das Austrägalrecht gar nicht zukömmt 1), darf ich wohl nicht erinnern, sondern ver-

versteht sich von selbst. Ich rede daher gegenwärtig nur von solchen Fällen, da der Beklagte zwar das Recht der Austräge hat, nichts destoweniger aber gleich in erster Instanz bey den höchsten Reichsgerichten belangt werden kann, in so ferne nemlich nicht durch besondere Reichsgesetze die Jurisdiction der höchsten Reichsgerichte in diesem oder jenem Falle fundiret ist. Dies geschieht entweder wegen eines dem Kläger zustehenden Vorzugs, einen jeden gleich bey dem obersten und höchsten Gerichte zu belangen, oder weil der Beklagte durch seine Handlung des Austrägalrechts verlustig geworden, oder weil die Sache so beschaffen ist, daß solche gleich bey den höchsten Reichsgerichten angebracht werden kann.

1) Das Capitel bey einer Sedisvacanz, die Reichsstädte, denen es nicht besonders verliehen ist, und das Reichsritterschaftliche Corpus haben, wie oben (§. 18. 19.) gezeigt ist, das Austrägalrecht nicht, und eben so wenig können die Prälaten, Grafen und Herrn auf die Austrägalinstanz Anspruch machen, wenn sie von einem mittelbaren oder unmittelbaren Kläger, der das Recht der Austräge nicht hat, belangt werden. (§. 39. 40.) Folglich versteht es sich in Absicht ihrer von selbst, daß sie gleich bey den höchsten Reichsgerichten in erster Instanz zu Recht zu stehen schuldig sind.

§. 102.

Wann also Wittwen und Waysen, arme, oder kränkliche und schwache Personen, welche überhaupt personae miserabiles genannt werden, einen Fürsten, oder sonst jemanden, er mag das Recht der Austräge haben, oder nicht, belangen wollen; so kön-

können sie ex L. vn. C. quando Imper. inter pupillos vel vid: 1) ihre Klage mit Vorbeygehung der Austräge sofort bey den höchsten Reichsgerichten anbringen. Und wenn gleich verschiedene Rechtslehrer 2) der Meinung sind, daß dieses vom Kayser Constantin dem Großen gegebene Gesetz heutiges Tages bey den Reichsgerichten nicht mehr im Gebrauch sey; so hat doch der verstorbene Cammergerichtsassessor Freyherr von **Cramer** 3) mit andern 4) diesen Irrthum sehr gründlich widerleget, und durch neuere Beyspiele gezeiget 5), daß beständig darauf erkannt werde. Solche Wittwen und Waysen aber, welche Land und Leute haben, auch mit ordentlichen Räthen und Regierungscollegien versehen sind, können auf dieses Privilegium L. vn. C. quando Imperat. int. pupillos keinen Anspruch machen, weil solche hohe und durchlauchtige Personen unmöglich inter miserabiles zu rechnen sind 6). Denn bey ihnen trift der **Grund** des Gesetzes nicht zu. Dieser ist aller Wahrscheinlichkeit nach kein anderer gewesen, als der, daß ein Armer, oder sonst ein Hülfloser gemeiniglich ausser Stande sey, sein Recht durch viele Instanzen durchzuführen, sondern sein ganzes Recht fahren zu lassen gezwungen werde, wenn ihm nicht bald geholfen werden kann. Allein wer wird diese Gründe bey einem Pupillen anwendlich finden, der Land und Leute hat, und mit Räthen umgeben ist, die dazu bestellet sind, daß sie für das Interesse ihres Herrn sorgen müssen. Nicht allein **minderjährige**, sondern auch majo-

renne Herren, welche sich selten um ihre mit andern habende Processe zu bekümmern gewohnt sind, überlassen dies alles ihren Räthen. Hieraus sieht ein jeder sehr leicht, daß in diesem Stück der minderjährige Fürst nicht schlechter daran sey, als der großjährige 7).

1) Der Kayser Constantin der Große verordnet in diesem Gesetz: si contra pupillos, vel viduas, vel (diuturno) morbo fatigatos & debiles impetratum fuerit lenitatis nostrae iudicium, memorati a nullo nostrorum iudicum compellantur comitatui nostro sui copiam facere; quinimo intra prouinciam, in qua litigator, & testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam, atque omnis cautela seruetur, ne terminos prouinciarum suarum cogantur excedere. Quodsi pupilli, vel viduae, aliique fortunae iniuria miserabiles, iudicium nostrae serenitatis orauerint, *praesertim cum alicuius potentiam perhorrescunt, cogantur eorum aduersarii examini nostro sui copiam facere.*

2) THOMASIVS in diss. de singulari aequitate Leg. vn. C. Quando imper. inter pupil. eiusque vsu practico (Halae 1725.) Sect. III. & IV. LAVTERBACH in Colleg. Theoret. Pract. tit. D. de iudic. §. 58. DECKH. l. c. n. 187.

3) in seinen Wetzlarschen Nebenst. Th. II. Asp. XI.

4) GABR. SCHWEDER in diss. de priuileg. fori pers. miser. (Tub. 1682.) §. 9. in Tom. I. Diss. §. 2 HERT diss. de superioritate territor. §. 3. TENNAGEL de processibus Cl. 3. c. 12. de LVDOLF syst. iur. C. Sect. I. §. 2. p. 32. cf. ADR. BEIER diss. de priuileg. miserab. personar. ratione fori Ien. 1703. AVG. LEYSER de foro miserabil. personar. Helmst. 1718 in EIVSD. Medit. ad D. Spec. 78. IO. van KAMPE de priuileg. personarum miserabil. ex L. vn. C. quando Imp. int. pup. Harderou. 1721. IO. FR. FAVST de priuileg. personar. miserabil. Arg. 1723.

5) de CRAMER l. c. §. 5 seq. Als daher in causa

NET-

NETTELBLADT contra Mecklenburg eine uralte Schuldforderung, welche die Sache zum gebetenen Mandato de soluendo vel dimittendo hypothecam S. C. nicht qualificiren liesse, vorkam, gleichwolen aber die Klage von Wittwen und Waysen angestellet, und von selbigen urisdictio Camerae auf d. L. vnic. fundiret, dahingegen in Zweifel gezogen werden, *ob iuxta huius Dicasterii praxin* mehrbesagtes *Priuilegium* sich auf jede Privatpersonen appliciren lasse, sondern nur ad illustres viduas & orphanos Statuum Imperii restringiret werden wolte; so wurde in Rücksicht auf oballegirte Conclusum (vom 23. Febr. 1747.) in Causa Paschin contra Anhalt-Schaumburg, die von Supplicanten ad excludendum Austraegas pro iurisdictione fundanda ad d. l. C. vn. ergriffene Zuflucht gebilliget, und den 3. Dec. 1749. decretiret: Ist das gebetene Mandatum, jedoch nur C. C. erkannt. Auf gleiche Weise ist den 9. Nov. 1754. in einer Armensache in Causa des Gärtners Witt contra Herrn Fürsten zu Löwenstein-Wertheim rückständiges Salarium und Auslagen betreffend, und den 21. Febr. 1756. in Causa Hezlerin & Consorten contra Herrn Fürsten zu Waldeck verfahren worden.

6) DAN. GEHE de Iuribus miserab. personar Merseb. 1673. 4.) §. 2. CARPZOV L. 2. Resp. 19. §. 27. 28.

7) Nichts destoweniger merkt von CRAMER a. a. O. §. 10. an, daß über diese Frage in Sachen Nassau-Diezische Vormundschaft gegen Se. Königl. Maj. von Großbrittannien als Churfürsten zu Braunschweig Lüneburg wegen der Grafschaft Spiegelberg in Pleno PARIA entstanden, und deshalb den 12. Jul. 1721. beschlossen worden; daß, weil sich in obgemeldter Quaestion paria ereignet, solche nach Anleitung des Conc. C. G. O. P. II. Tit. vlt. an Chur-Maynz, und durch selbiges AD IMPERIVM ET CAESAREM zu bringen, und davon die Decision zu erwarten, und dieser Schluß per Protonotarium denen Partheyen zu wissen machen seye. Jedoch, fügt er hinzu, sagt belobter de LVDOLF hier-

bey: Obseruabitur itaque ipso facto NEGANTIVM sententia, donec aliud lege publica fuerit ordinatum.

§. 103.

Es kann aber auch ein Beklagter, dem sonst das Austrägalrecht zukommt, desselben durch seine eigene Handlung verlustig werden, wann er sich desselben entweder ausdrücklich begiebt, oder doch durch litisconteſtation das Forum der höchsten Reichsgerichte prorogirt, oder endlich die Fatalien bey Ernennung der Austräge und sonsten die gesetzlichen Vorschriften nicht beobachtet. Denn da die Austräge jetzt zu seinem Vortheil beybehalten werden; so kann er auch diesem Rechte sowol ausdrücklich, als stillschweigend entsagen 1) Ein merkwürdiges Beyspiel einer solchen ausdrücklichen Renunciation finden wir bey Cramer 2) in Sachen des Durchl. Herrn Herzogs zu Mecklenburg gegen Bürgermeister und Rath der Stadt Rostock die Verwandschaft des Rathsstuhls betreffend.

1) L. 29. C. de pact. L. 41. D. de minoribus cf. des berühmten Hallischen Rechtslehrers Herrn Geheim. Raths, DAN. NETTELBLADT noua introd. in iurisprud. posit. German. commun. L. I. S. V. T. VI. de amissione iuris per renunciationem IO. STEPH. PUTTER in elem. iur. publ. §. 430. DUB. CAMER. IV. in corpore iur. camer. p. 472.

2) in Wezl. Nebenstunden. P. CXI. p. 444. folg. woselbst der Durchl. Herzog in der berichtlichen Vorstellung vom Jahr 1759. sich recht Fürstlich und großmüthig erklärt, daß Höchst Sie aus Landesväterlicher Liebe und Vorsorge gegen das gemeine Beste Ihrer erbunterthänigen Stadt Rostock, mit expressem Vorbehalt, aller

theils

theils Landesfürstlicher, theils Erbvertragsmäßiger Competentium nur für diesesmal Partes actoris übernehmen wolten.

§. 104.

Weit häufiger sind die Fälle, da wegen Beschaffenheit der Sache selbst die Austräge ceßiren, und die Klage gleich bey einem der höchsten Reichsgerichte angestellet werden kann, und dieses ist eigentlich der Gegenstand des dritten Abschnitts. Wären die Gesetze bey Bestimmung solcher Sachen, worinn die Austräge nicht statt haben, ganz deutlich; so würden wir in den Meinungen der Rechtslehrer nicht eine so grosse Verschiedenheit antreffen. Nun aber darf man sich nicht wundern, bey dem einen viele, und bey dem andern wenige Sachen hieher gerechnet zu finden 1). Will man hierinn ordentlich zu Werk gehen; so muß man vor allen Dingen festsetzen, wie die Sachen beschaffen seyn müssen, in welchen die Jurisdiction der höchsten Reichsgerichte so begründet ist, daß der Beklagte darinn sich auf sein sonstiges Recht der ersten Instanz nicht berufen darf, oder doch wenigstens nicht damit gehöret wird, wenn er sich auch darauf beziehen wolte. Meiner Einsicht nach hat der vormalige Cammergerichtsbeysitzer Freyherr von **Cramer** dieses am gründlichsten und deutlichsten auseinandergesetzt. Er sagt 2), daß in Absicht der Sache selbst ohne Rücksicht auf die Person, ob sie mittel- oder unmittelbar sey, die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte fundiret werde, wenn die Sache **unmittelbar** das Amt des Kaysers betrift,

insoferne er nemlich den Nutzen des ganzen Reichs befördern, den Schaden desselben abwenden, die öffentliche Ruh im Reich erhalten, und Recht und Gerechtigkeit in demselben handhaben, mithin die Uebertreter der Gesetze bestrafen muß.

1) S. IO. GE. ESTOR in diss. de iure primi fori Sect. II. §. 82. Cur vero ordines regni tantum conferunt studium in seruando primae instantiae beneficio? Et quilibet perspicit, hoc ad eum iuridicialem finem fieri, quo primae instantiae iure fruantur. *Ast alii tot excogitarunt exceptiones*, vt austraegarum iudicium sit inusitatum, priscum fere ac vetustum, & ab vsu fori quotidiano iam diu intermissum.

2) in system. proc. imper. Sect. I. Tit. IV. §. 96. Ratione *causae* ipsius fundata est supremorum imperii tribunalium (iurisdictio) si eadem immediate officium Caesaris tangit, quatenus nimirum ipsius est, emolumentum totius imperii curare, consequenter auertere, vel vindicare detrimentum illius, atque tranquillitatem publicam custodire, supremamque ius in imperio dicendi potestatem exercere.

§. 105.

Unter diesen Sachen nun, welche bey den höchsten Reichsgerichten gleich in erster Instanz ventiliret werden, und worinn die Austräge ceßiren, stehen die fiskalische Sachen oben an. Diese beschäftigen sich eigentlich mit der Bestrafung und öffentlichen Genugthuung wegen solcher Verbrechen, wodurch ein unmittelbares Recht des Kaysers und Reichs verletzet worden. Wenn also jemand seiner Verbindlichkeit gegen den Kayser und das Reich nicht genüget 1); so kann und muß er darüber

über fiskalisch werden. Ein Verzeichniß solcher fiskalischen Sachen liefern uns **Blum** 2) **von Uffenbach** 3), **von Ludolf** 4), Herr Etatsrath **Moser** 5), **Goswin Joseph von Buininkt** 6), **Neurod** 7), **Pütter** 8) und andere 9). Allein es wird heutiges Tages in den wenigsten derselben von dem Fiskal geklaget. Und selbst die in der C. G. O. 10) namentlich als fiskalische Sachen angeführet sind, kommen gewiß niemalen oder doch äusserst selten vor. Sie giebt folgende an: a) **wann jemand gegen die güldene Bulle gehandelt;** ob aber jemals wegen einer Uebertretung der güldenen Bulle vom Fiskal geklaget worden, oder geklaget werden möchte, wird sehr gezweifelt: b) **wann jemand des Kaysers oder des Kayserl. Reichs C. G. Befehlen nicht gehorsamet, oder den Land-Profan- und Religionsfrieden oder die Policeyordnungen übertritt, oder sein Münzregal misbraucht.** In Land- und Religions-Friedensbruchs-Sachen sind nun zwar noch die fiskalischen Anstellungen im Gebrauch, aber wegen der Schwierigkeit des Beweises der wesentlichen Stücke desselben, und der daher entstandenen Regel, daß bey diesen Umständen jene Strafgesetze mehr einschränkend als ausdehnend zu interpretiren seyn, machen sich selbige äusserst selten. Wider die Uebertreter der Policeyordnung hingegen sind sie gar nicht mehr gewöhnlich, weil die Untersuchung solcher Verbrechen

chen der ordentlichen Obrigkeit gebühret 11). Und was den Misbrauch des Münzregals anlanget; so ist solches heut zu Tage den Creysen überlassen 12). c) Soll der Fiskal gegen diejenigen agiren, welche in Erlegung und Abtrag der Cammerzieler und übrigen Reichslasten säumig sind 13). d) Gegen die unmittelbaren Reichsstände, die den Türken wider das Reich beystehen 14), bedient man sich jetzo ganz andere Mittel, als fiskalische Klagen. Und e) in Absicht der Widertäufer 15), und der Westphälischen Gerichte 16) finden die fiskalischen Klagen gar keine weitere Anwendung. Auf gleiche Weise verhält sich das fiskalische Amt zu den mehresten übrigen Sachen, welche gemeiniglich zur Classe der fiskalischen Sachen gerechnet werden. Denn die fiskalische Verfolgung und Bestrafung der zur Cammergerichtsvisitation geforderten, und ausgebliebenen, oder doch nicht nach Vorschrift der Gesetze erschienenen Reichsstände 17) ist längst durch neuere Gesetze 18) und durchs Herkommen aufgehoben, so wie auch nach **Decker** S 19) Zeugniß kein Beyspiel von einer fiskalischen Anstellung gegen einen in Bezahlung der Executionsgebühren säumigen Creys vorhanden seyn soll. Weil indessen die C. G. O. 20) am Schlusse noch hinzufügt; „Und insgemein sollen über oberzählte, auch alle Sachen und Fälle die vermög der Kayserlichen und des Reichs gemeinen Rechten, Satzung und Ordnung, dem Kayserlichen Fisco zugehören, oder dem Kayserl.

Fis-

Fiscal zu rechtfertigen, zu verthendigen, oder zu versprechen zuziehen, durch denselben Fiscal, an Unserm Kayserl. Cammergericht ohne Mittel vorgenommen — — werden;„ Weil, sage ich, diese Generalclausel noch hinzugefügt worden; so ist es kein Wunder, wenn dadurch die Anzahl solcher Sachen vermehret ist, vornemlich da durch andere Reichsgesetze mehrere hinzugekommen. Hieher gehören sogenannte Exemtionssachen, wenn jemand einen Unmittelbaren dem Reiche entziehen, und sich unterwerfen will 21), ferner wenn jemand schmähsüchtige Bücher, Schriften, Pasquille, Gemählde, Kupferstiche ꝛc. verfasset, schreibet, drucket oder sonst öffentlich bekannt macht 22), oder wenn er die Kayserl. Gerichtsbarkeit verletzet 23). Ueberhaupt aber kann ich hiebey nicht unerinnert lassen, daß vor Zeiten der Umfang der fiskalischen Sachen weit grösser, ihr Gebrauch weit häufiger, und sie weit lästiger gewesen, als heutiges Tages. Denn anstatt daß man vor Zeiten gar nicht einmal daran zweifelte, daß die Jurisdiction der höchsten Reichsgerichte sich auch über die Unterthanen der Reichsstände erstrecke; so ist dies zu unsern jetzigen Zeiten mit sehr vielen Schwierigkeiten verknüpft, und noch nicht so ausgemacht.

1) PUTTER Nou. epit. proc. imp. amb. Trib. §. 271. TAFINGER in inst. iur. cam. §. 533. IOSEPH BONN diss. de iure & offic. fisci caesarei procuratoris & aduocati (Giess. 1735.) Sect. II. §. 9.

2) in proc. cam. Tit. XXX. p. 212 seq.

3) de

3) de consil. imp. aul. cap. VII. p. 36 seq.

4) l. c. p. 40 seq.

5) in seinen Grundsätzen der R. H. R. Praxis p. 109. seq.

6) in den Anfangsgründen des R. Cammerprocesses p. 108 seq.

7) SEVERIN THEODOR NEVRODES Erläut. des jüngern R. A. p. 364 seq.

8) l. c. §. 272 seq.

9) RODING pand. cam. L. I. T. 8. p. 93 seq. TEXTOR ad R. I. N. Disp. 10. de CRAMER l. c. §. 98 seq. de LVDOLF l. c. S. I. §. 6. p. m. 53 seq. (edit. Frcf. 1719.)

10) von 1555. P. II. Tit. XXVI. Conc. C. G. O. P. II. T. 21. per tot.

11) BONN l. c. §. 9. p. 46.

12) Capitul. nouiss. IOSEPHI II. art. IX. §. 7. de LVDOLF l. c. p. 53. cf. R. A. v. 1551. §. 46. Münzordnung 1559. §. 165. cf. DECKHERR l. c. ad Tit. XXX. n. 57. de LVDOLF l. c. §. 6. n. 23. BOKEN in not. ad BLVM T. XXX. n. 57. RODING l. c. L. I. T. VIII. §. 43 seq. welcher zum Beweis, daß in Praxi hiernach gesprochen werde, sich auf einen fiskalischen Receß vom 20. Jan. 1681. beruft. Allein nichts destoweniger bleibt es doch wahr, daß heutiges Tages die fiskalischen Anstellungen in Münzsachen nicht leicht weiter vorkommen. Siehe hievon des Herrn von PRAVN gründliche Nachricht von dem Münzwesen insgemein, insbesondere von dem teutschen Münzwesen älterer und neuerer Zeiten. Helmst. 1741. 8. STRVBE rechtliche Bedenken T. III. p. 27 seq. GE. HENR. AYRER pr. de emendatione legali rei monetariae Germaniae perturbatissimae. Gott. 1761. etc.

13) C. G. O. v. 1555. l. c. §. 3. R. A. v. 1566. §. 83. seq. Man muß indessen hiebey merken, daß der Cammerfiskal eigentlich nur die Cammerzieler beytreibe, die mehreste Zeit aber wenigstens mächtige Stände ohne

Effect. de CRAMER obs. 309 und 660. Die andern Reichssteuren treibt der Reichshoffiscal ein.

14) C. G. O. l. c. §. 5. und Concept C. G. O. §. 4.

15) C. G. O. l. c. §. 6. Conc. C. G. O. l. c. §. 5.

16) ebend. §. 8. R. A. v. 1542. art. 9. Reformat. der Westph. Gerichte von 1495.

17) R. A. v. 1570. §. 102. Conc. C. G. O. P. I. T. LXIV. §. 11. Siehe STRVBE in den Nebenstunden P. IV. p. 376. seq.

18) N. R. A. v. 1654. §. 128. worinn das persönliche Erscheinen in eines jeden Willkühr gestellet, und also auch die Strafe von 5000 Goldgülden von selbst dadurch aufgehoben ist.

19) l. c. n. 68.

20) l. c. §. vlt.

21) R. A. v. 1548. §. 52 seq. RODING l. c. §. 38. p. m. 121. (edit. Frcf. 1688.) N. R. A. §. 93. R. H. R. O. T. VI. §. 6. Visitat. Absch. v. 1713. n. 1. §. 33. und 91.

22) Siehe Kays. CARLS VI. Patent wegen der Schmähschriften in Glaubens- und Staatssachen vom 18. Jul. 1715. in SCHMAVSSENS Corp. iur. publ. p. 1265. seq.

23) Die Kayserlichen Jurisdictionsbefugnisse können auf vielfältige Art violiret werden. Man beeinträchtiget die Gerichtsbarkeit des Kaysers, wenn man einen mittel- oder unmittelbaren Reichsunterthanen vor ein Gericht ausserhalb den Gränzen des teutschen Reichs zum Exempel bey der Päbstlichen Cammer zu Rom belangen wolte. N. Wahlcapitul. art. XIV. §. 4. oder wenn man bey zweyen Gerichten zugleich klaget, und dadurch einen conflictum iurisdictionis veranlasset, oder wenn man eine bey dem einem Reichsgerichte bereits anhängige Sache an ein anderes zu bringen suchet, u. w. d. gl. m. Siehe N. R. A. §. 1654. 166. de CRAMER in syst. proc. imp. l. c. §. 104 seq.

24) Siehe (CHRISTIAN THOMASIVS) kurze und deutliche Deduction, daß der R. H. R. mit nichten befugt

fugt sey, der Chur- und Fürsten, auch anderer Stände des Reichs Räthe, Diener und andere Unterthanen, unter was für Schein und Vorwand es auch seyn möge, sowol in peinlichen, als bürgerlichen Sachen in erster Instanz für sich zu citiren cf. des berühmten Herrn Hofraths CHRIST. FRIED. GE. MEISTERS in seiner vortreflichen vollständigen Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit in Teutschland (ein Buch, dessen baldige Fortsetzung recht sehr zu wünschen ist) erst. Band pag. 186 seq.

§. 106.

Ausser den fiskalischen Sachen ist durch besondere Reichsconstitutionen mit Vorbeygehung der Austräge die Jurisdiction der höchsten Reichsgerichte fundiret, in Sachen wegen des streitigen Besitzes, wenn zwo oder mehrere dem Reiche ohne Mittel unterworfene Personen wegen einer Poßeßio mit einander in Streit gerathen. Der vormalige Cammergerichtsaßeßor von **Ludolf** 1) versichert aber, daß im ganzen Cameralrecht keine Materie so verwickelt, und mit so vielen Schwierigkeiten verknüpft sey, als diese vom streitigen Besitz, welches er hauptsächlich den verschiedenen dieser Sache wegen gegebenen Gesetzen Schuld giebt. Ich halte es daher für nöthig, eine kurze Geschichte dieser Constitution zu prämittiren, weil dieses zur Erläuterung derselben nicht wenig beyträgt. Die erste dieserhalb verlassene Verordnung ist in dem zu Trier und Cölln vom Kayser Maximilian I. den 26. Aug. 1512 publicirten Reichsabschied 2) enthalten, worinnen bestimmet ward, daß in

einem

nen streitigen Besitz betreffende Sachen wenigstens in Ansehung des Possessorii bey dem R. C. G. entschieden werden solten. Und da zu gleicher Zeit der Schwäbische Bund zum drittenmal auf zehn Jahre verlängert ward, worinn ausdrücklich auch wegen des streitigen Besitzes Conventional-Austräge angeordnet waren; so glaubt man, daß auch allein in Absicht des Schwäbischen Bundes die Austräge reserviret worden. Die andere befindet sich in der vom Kayser Carl V. 1521. zu Worms verfaßten C. G. O. 3) Die dritte ist der von eben diesem Kayser verfertigten C. G. O von 1555. 4) inseriret, und die vierte, welche aus der Cammergerichtlichen Resolution auf die von einigen Reichsständen 1555. auf dem Reichstage zu Augsspurg übergebene Beschwerden entstanden 5), ist dem Concept der C. G. O. eingerückt. Es sind hiebey die verschiedenen Fälle wohl zu merken, welche wegen des streitigen Besitzes vorkommen können. Die C. G. O. nimmt drey Fälle an. I. wenn unter Partheyen, so dem Reich ohne Mittel unterworfen, über den Besitz eines Guts oder Rechts Streit entstünde, und ein jeder sich den Besitz mit irgend einer Wahrscheinlichkeit zueignete 7). II. Wenn die Partheyen zwar mittelbar sind, die Sache aber, über dessen Besitz gestritten wird, sich unter verschiedener Herrschaften streitigen Gerichtsbarkeit befünde 8). Und

 3) wenn

III wenn der Streit über den Besitz **unter Unmittelbare** obwaltet, welche schon **im Begriff sind, thätlich** gegen einander zu handeln, also daß **sogleich Empörung, und Aufruhr daraus zu besorgen** wäre 8).

1) de iure camer. Sect. 1. §. VII. n. 2.

2) Tit. 3. §. 12.

3) Tit. XXXII. Wie es in Irrung der streitigen Possession, und derselben Entsetzung halben gehalten werden solle. cf. R. A. v. 1532. Tit. 3. §. 15. In diesen beyden ersten Verordnungen wird nur allein von den im §. sub. I. & II. angezeigten Fällen gehandelt, ohne einmal des dritten zu erwähnen, wovon erst in der nachherigen C. G. O. und im Concept. der C. G. O. disponiret worden.

4) Part. II. Tit. XXI. Daß die Sachen der streitigen Possession zwischen denen Partheyen, so dem Reich ohne Mittel unterworfen, am Kayserl. Cammergericht gerechtfertiget, und wie es darinn gehalten werden solle.

5) Diese Beschwerden, welche hauptsächlich von Chur-Pfalz und Würtemberg gemacht waren, wurden sofort auf die 1556. zu haltende Reichsvisitation verwiesen, und von dieser dem Kayserlichen Cammergericht zum fordersamsten Bericht zugestellet. Weil aber das Cameralcollegium wegen Kürze der Zeit den erforderten Bericht dermalen nicht sogleich zu erstatten im Stande war; so ist solcher erst der im nachfolgenden Jahr 1557. wiederum gehalten R. C. G. Visitation übergeben, und von dieser an die nachgefolgte Reichsdeputation verwiesen worden, welche aber, da sie hierauf nicht instruirt war, und diese Sache das ganze Reich betraf, Bedenken fand, hierinn etwas zu verordnen, sondern solche vielmehr zu Entscheidung gesammter Stände auf den künftigen Reichstag verstellte. Einen Auszug dieser Ständischen Beschwerden und Cammergerichtlichen Resolution liefert von LUDOLF l. c. in append. N. I. Der Herr C. G. B. Frey-

herr

herr von HARPPRECHT aber hat in seinem oft angeführten vortreflichen Staatsarchiv. P. VI. in den Anlagen Nro. 150. 161. und 162. solche ganz beygebracht. Siehe auch das Reichsmemorial von 1555. §. 4.

6) P. II. Tit. XXII.

7) In dem R. A. von 1512. art. IV. §. 12. ward, ohne irgend eines METUS ARMORUM zu gedenken, wegen dieses ersten Falls verordnet: „Ob hinführo zween oder mehr, so dem heiligen Reich ohn Mittel unterworfen wären, irrig oder streitig würden, umb Innhaben oder Poßeßion eines Guts oder Gerechtigkeit, also, daß sich ein jeglicher für ein Besitzer des streitigen Guts oder Gerechtigkeit hielt, und deß redliche Anzeig hätt;„ Diese Verordnung ist verbotenus in der C. G. O. von 1521. Tit. XXXII. §. 1. und in der C. G. O. von 1555. P. II. Tit. XXI. §. 1. bey behalten. In dem Concept. der C. G. O. aber l. c. pr. ist aus der Cameralresolution von 1557. auf die Ständische Beschwerden (beym von HARPPRECHT l. c. p. 534.) noch hinzugefügt: „und daraus zu besorgen, die Partheyen zu thätlicher Handlung kommen möchten, und also Metus armorum vorhanden.„ So daß diese Constitution nicht anders statt haben solte, als wenn würklich zu besorgen, daß die Partheyen zu den Waffen greifen möchten.

8) R. A. v. 1512. l. c. (C. G. O. von 1521. l. c. §. 2. C. G. O. von 1555. l. c. §. 2. Concept. C. G. O. l. c. §. 1.) „Wo auch zwischen Partheyen, die mit Mittel dem Reich unterworfen, der Poßeß, wie obsteht, Streit entstünde, und die Güter oder Gerechtigkeit der Poßeßion halben, wie obstehet, darumb Streit wäre, nicht unter einem Herrn oder Obrigkeit gelegen wären, also, daß jeder Theil vermeinen wolt, dieselben Güter oder Gerechtigkeit legen in seiner, oder in seines Herrn, oder anderer Obrigkeit (Gebiet und Herrschaft) darumb sollen die Partheyen auch für Unser Kayserl. Cammergericht kommen.„

9) C. G. O. von 1555. l. c. §. 3. Conc. C. G. O. l. c. §. 4. „Ob auch in obberührtem Fall zwischen denen Partheyen, die ohne Mittel dem Reich unterworfen, die Gewähr, Poßeßion, oder quasi aus redlichen Anzeigungen zweiffelich, und die Partheyen jetzt allbereit mit thätlicher Handlung gegen einander im Vorhaben, Uebung und Procinctu stünden, also daß sorgliche Empörung, Weiterung oder Aufruhr daraus zu besorgen; Sollen Cammerrichter und Beysitzer Gewalt und Macht haben, auf Anrufen der Partheyen, oder für sich selbst, ex officio die Poßeßion zu sequestriren, oder aber der quasi Poßeßion halben, anstatt der Sequestration beyden Theilen zu gebieten, sich derselben zu enthalten, und alsbald darauf summarie ohne einigen gerichtlichen Proceß, oder andere weitläuftige Ausführung der Sachen zu erkennen, welchem Theil die momentanea possessio vel quasi einzugeben oder zu inhibiren sey, sich derselben bis zu endlichem Austrag des endlichen Rechtens in Possessorio & Petitorio zu enthalten, und so das beschehen, soll alsdann keinem Theil an seinem Innhaben oder Besitz im Recht nachtheilig seyn.

§. 102.

Um diese nach **Ludolfs** Meinung so sehr verwirrte Materie in ein etwas helleres Licht zu setzen, muß ich gleich Anfangs erinnern, daß man ja nicht glauben müsse, als wenn eine jede Sache, wo vom Besitz die Rede ist, sofort bey den höchsten Reichsgerichten in erster Instanz angebracht werden könne. Es giebt sehr viele Fälle, welche den Besitz betreffen, und dem ungeachtet vor die Austräge gehören. Vermöge der ersten C. G. O. von 1495. 1). sollen alle Sachen, welche verbriefte oder unverbriefte Schuld, Zusag oder Verheissen,

Be-

Betrang- oder Entsetzung betreffen, wie auch wenn jemand am Gebrauch seines Wildbahns, Zolls, Geleits, Gerichts oder anderer hergebrachter Nutzungen und Gerechtigkeiten beeinträchtiget oder verhindert würde, bey den Austrägen angebracht werden. Es sind nun zwar diese Fälle in der neuen C. G. O. 2) von 1548. oder 1555. nicht wieder namentlich specificiret, sondern ganz im allgemeinen gesetzt worden: warum oder um was Ursachen das wäre. Allein es behaupteten auch gleich Anfangs die Reichsstände, daß unter dieser Generalclausul alle obbemerkte Fälle mit begriffen und verstanden werden müßten 3). Gesetzt indessen, daß es annoch ungewiß geblieben wäre, ob diese Clausel sich auch auf solche Fälle erstrecke, welche die Poßeßion betreffen; so kann man doch hieran um so weniger zweifeln, da in der C. G. O. 4) in dem Titel: **Wie und vor welchem Richter Entsetzung halb, die nicht Landfriedbrüchig, gehandelt soll werden,** ganz deutlich verordnet ist, daß in den Sachen, wo jemand seiner habenden Poßeßion und Gewehr entsetzet würde, die Austräge, obgleich mit einiger Einschränkung statt haben sollen. Es leidet daher keinen Streit, daß in allen Fällen, worinn blos von der Poßeßion die Rede ist, oder da jemand zwar widerrechtlich, aber doch nicht **mit gewaltiger That** den andern von seinem Besitz verdränget, oder ihn darinn stöhret und beunruhi-

 get,

get, die Austräge, und nicht die höchsten Reichsgerichte in erster Instanz zu erkennen haben. Ob nun gleich nach klarer Vorschrift der C. G. O. die Sachen gemeine schlechte Spolien anlangend nur allein vor die Austräge gehören; so behauptet doch der Herr geheime Justitzrath **Pütter** 5), daß hierinn die Austrägalinstanz vorbeygegangen, und dergleichen Sachen dadurch an die höchsten Reichsgerichte gebracht werden könnten, wenn man nur um ein Mandatum S. C. implorirte. Denn weil die Spolien Sachen beym C. G. nicht den fauorem haben, der ihnen sonst nach gemeinem Rechte beygelegt ist; so räth man als eine Cautel an, sich des Worts: Spolium ganz zu enthalten, und lieber um ein Mandatum de non turbando, non via facti, sed iuris procedendo etc. S. C. zu imploriren. Allein ich zweifle, ob man dadurch beständig bey den Reichsgerichten seinen Endzweck erreichen werde. So viel ist wenigstens gewiß, daß alsdann die Austräge nicht vorbeygegangen werden können, wann ein Landesherr oder sonst jemand durch ein blosses Rescript, oder Handschreiben dem andern die Ausübung eines sich angemaßten Rechts untersaget, und ihn dadurch in seiner vermeinten Poßeßion stöhret 6), weil dieser Fall sich nicht zu einem solchen qualificiret, welchen die Constitution wegen des streitigen Besitzes verlangt.

1) Tit. XXVI. §. 1. Der Kayser Maximil. I. hatte zwar bey dieser Stelle folgendes Monitum: Item will einer einen Churfürsten, Prälaten, Grafen, Freyen, Herrn

Herrn oder ander zugehörig des heil. Reichs beklagen: Berührt dann die Sache verbrieft, oder unverbriefte, Schuld, zusagen oder verheissen, Bedrang oder Entsetzung — — — — in jeder dergleichen oder andern Irrungen und Spännen ungefährlich soll der Kläger den, zu dem er also Sprüche hat, ohne alles Mittel vor dem Röm. König oder Kayser oder seinem Cammergericht mit Recht ersuchen und vornehmen. DATT de pace publ. L. IV. c. VII. §. 52. Allein ob gleich dies Monitum von Wort zu Wort in der C. G. O. beybehalten ward; so ward doch der Schluß desselben dahin geändert, daß dergleichen Sachen nicht vors Cammergericht, sondern vor die Austräge gehören solten.

2) P. II. Tit. IV. § 1. Concept. C. G. O. ebend. pr.

3) S. von HARPPRECHT l. c. p. 496. Wiewol nun solche Specification in den neuen Austrägen, wie die Prälaten ꝛc. die Churfürsten zu Recht fordern sollen, gar ausgelassen, dennoch hält man dafür, daß solche Specification unter den Generalworten nemlich, warum, oder um was Ursachen das wäre ꝛc. verstanden werden soll.

4) L. c. Tit. VIII.

5) in epit. proc. imp. §. 285. Sic omnino in caussis *simplicis spolii* admitti adhuc potest cognitio Austraegalis, quatenus ex mente c. l. 1548. f. 1555. agitur — — — Quandoquidem vero ex nouiore iure etiam simplicis spolii causae ad Mandatum S. C. qualificari queant, certe actori haec via praecludi nequit, *atque sic & in simplicis spolii caussis*, *quatenus ad Mandatum S. C. agitur*, *omnino fundata est summorum tribunalium Iurisdictio.*

6) Ich weiß diesen Fall nicht besser zu erläutern, als wenn ich den Leser auf CRAMERS wezl. Nebenst. P. CXI. nr. 8. verweise, wo er diese Materie sehr gründlich abgehandelt, und durch ein Cameralerkenntniß in Sachen des Durchlauchtigsten Herrn Herzogs zu Mecklenburg gegen Dero erbunterthänige Stadt Rostock das von derselben prätendirte Dispensationsrecht in Ehesachen betreffend bestärket hat. Zugleich dient diese Cramer-

sche Abhandlung auch zur Widerlegung der Pütterschen Meinung, als wenn in Sachen wegen gemeiner schlechter Spolien sofort bey den höchsten Reichsgerichten um ein Mandat ohne Clausel imploriret, und die Austräge vorbeygegangen werden könnten. Denn qualificirt sich die Sache zum Landfriedensbruch, so kann zwar um ein Mandatum S. C. gebeten werden. Allein alsdann ist das obiectum litis auch keine causa SIMPLICIS SPOLII. cf. de CRAMER in system. proc. imp. §. 553.

§. 108.

Eine streitige Poßeßion setzt immer voraus, daß **mehrere zugleich** den Besitz behaupten, und daß es **ungewiß**, oder doch zweifelhaft sey, wer sich **würklich** im Besitz befinde. Will jemand erst den Besitz erlangen, und klagt de adipiscenda possessione; so gehört dieser Fall nicht zu denjenigen, wovon die Constitution wegen der **streitigen** Poßeßion handelt, indem der Kläger selbst gesteht, daß der andere im Besitz sey. Es meint zwar **Gail** 1), **Blume** 2) und **Roding** 3), daß diese Constitution auch in iudicio adipiscendae possessionis ihre Anwendung fünde, wenn zwo Parthenen mit gewafneter Hand einen ledigen Besitz ergreifen wollten, allein **Pfankuch** 4) hat schon sehr bündig das Gegentheil gezeiget. Denn schon nach gemeinem Rechte 5) ist eine dergleichen eigenmächtige Besitzergreifung hart verboten, welches auch durch die C. G. O. 6) bestättiget worden, ohnedem aber kann man dies kein Remedium adipiscendae possessionis nennen, wenn sich jemand mit gewafneter Hand in den Besitz eines Gutes oder Landes setzet.

Es

Es hat demnach eigentlich die Constitution wegen des streitigen Besitzes nur allein in Iudicio retinendae possessionis statt, wo beyde Theile sich für Besitzer halten 7). Beym Iudicio recuperandae possessionis kann man sich also gleichfalls hierauf nicht berufen, weil alsdann der Kläger bekennt, daß er aus der Poßeßion gesetzt worden, und der Beklagte die Sache im Besitz habe. Ich muß indessen hiebey noch dies bemerken, daß man freylich in diesen angegebenen Fällen, da man auf den Besitz, oder dessen Wiedererlangung klaget, dem andern das Poßeßionsrecht streitig macht, aber dennoch die Poßeßion selbst, als ein FACTVM betrachtet, nicht abläugnet. Folglich ist der Besitz an und für sich keinem Zweifel unterworfen, sondern nur das **Recht** zum Besitz wird angefochten. Bey dem Fall einer **streitigen** Poßeßion hingegen supponiren die Gesetze, daß es zweifelhaft und ungewiß sey, wer sich im Besitz befinde.

1) Lib. I. obs. 5. n. 8.
2) l. c. Tit. XXXI. §. 23.
3) l. c. L. I. Tit. IX. §. 23.
4) in tr. de possessor. summar. L. I. c. VII. n. 3.
5) L. 7. C. vnde vi. Si quis in tantam furoris peruenerit audaciam, vt possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum *ante aduentum iudicialis arbitrii* violenter inuaserit: *dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori, & dominium eiusdem rei amittat.*
6) Als die Stände ihre Beschwerden gegen die C. G. O. von 1555. übergaben, und darauf mit antrugen, daß

die Constitution L. si quis in tantam. C. vnde vi in der C. G. O. mit eingerückt werden möchte, antwortete das Cammergericht in seinen Resolutionibus; (beym von HARPPRECHT l. c. p. 533.) „So viel die Constitution. L. si quis in tantam, betrift, ist hievor in Verfassung der Cammergerichtsordnung, wie man bericht, unnothwendig angesehen, diese und andere *Constitutiones* und *Leges*, so im *Corpore Iuris* begriffen, der Ordnung zu inseriren, dabey es nochmals sonderlich, dieweil solche Constitution füglich unter keinen Titul der Ordnung gezogen werden, und man nicht wissen mag, ad quem effectum solches geschehen solte, bleiben läst.„ Ob nun gleich dieses Gesetz keineswegs aufgehoben worden; so findet die Anwendung desselben bey den Grossen des Reichs doch heutiges Tages sehr viele Schwierigkeit, und ist in Absicht ihrer so gut als abgeschaft anzusehen.

7) Man wolte hiedurch den ewigen Befehdungen vorbeugen, da selbst nach dem gemeinen Rechte es erlaubt war, sich durch die Waffen in der Poßeßion zu erhalten. Denn unsere Vorfahren pflegten im Sprichwort zu sagen: Wer nicht kann fechten, gewinnet nichts in Rechten. cf. HERTIVS de paroemiis. par. 88.

§. 109.

Soll also wegen streitiger Poßeßion die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte fundiret seyn; so muß sich keiner von den streitenden Partheyen würklich (actu) im Besitz befinden, (§. 108.) sondern beyde wenigstens mit irgend einiger Wahrscheinlichkeit sich für einen Besitzer des streitigen Guts oder Gerechtigkeit halten. Nun sind die Partheyen entweder beyde unmittelbar, oder mittelbar dem Reich unterworfen. Im erstern Fall ist entweder mit Grunde zu besorgen, daß

sie zu thätlicher Handlung kommen möchten, oder sie sind schon **würklich im Begrif** die Waffen gegen einander zu ergreiffen. Im letztern Fall aber wird erfordert, daß die Sache, um deren Besitz sich zwo oder mehrere mittelbare Personen streiten, unter verschiedener Herrschaften Jurisdiction gelegen sey, von denen ein jeder sich die Befugniß solche auszuüben zueignet. (§. 106.) Was den ersten Fall anbetrift, so soll die Sache alsdann zwar zur Cognition der höchsten Reichsgerichte stehen, jedoch nicht anders, als wann a) beyde streitende Partheyen unmittelbar sind, b) Beyde sich den Besitz eines Guts oder Rechts mit irgend einigem Grunde anmassen, und c) TIMOR ARMORUM vorhanden ist. Diese drey Eigenschaften erfordert die Constitution wegen streitiger Poßeßion bey dem ersten Fall (§. 106.) Fehlt es aber an einem von diesen Requisitis, und streitet etwa ein Mittelbarer mit einem Unmittelbaren über den Besitz eines Guts oder Gerechtigkeit; so gehöret die Sache, wann der Unmittelbare ein Fürst oder Fürstmäßiger ist, vor die Austräge, und wann er kein Fürst ist, schon ohnedem, wie eine jede andere Klage, vor die Reichsgerichte, weil einem solchen gegen mittelbare Kläger das Austrägalrecht nicht zukömmt. (§. 39.) Daß beyde Theile nothwendig sich in einem Besitz gründen müssen, wenn man aus dieser Constitution klagen will, ist schon oben (§. 108.) gezeiget.

Al-

Allein es muß auch schlechterdings einigermassen bescheiniget werden 1), daß mit Grunde 2) zu besorgen sey 3), daß die Partheyen zu den Waffen greifen, und zu Thätlichkeiten schreiten möchten. Wann nun solchergestalt die Sache bey den höchsten Reichsgerichten anhängig gemacht wird, so sollen beyde Theile zu endlichem Austrag vor das Kayserliche Cammergericht kommen, und solcher Irrung und streitigen Gewähr, oder Poßeß, sich daselbst endlich mit Recht entscheiden lassen 4). Es frägt sich aber hiebey, ob das Petitorium auch bey den Reichsgerichten erörtert und entschieden werden müsse, wann das Poßeßorium daselbst anhängig gemacht, und geendiget worden? Nach gemeinem Rechte 5) muß man diese Frage allerdings bejahen, allein nach der C. G. O. 6) soll das Petitorium nach geendigtem Poßeßorium bey dem ordentlichen Richter angestellet werden, vor dem sonst diese Sache in erster Instanz gehört hätte. Und obgleich dies nur eigentlich wegen des Falls verordnet zu seyn scheint, wenn unter Mittelbaren wegen der Poßeßion eines unter verschiedener Hoheit liegenden Guts Streit entstehet; so erhellet doch aus den oft angezogenen Cameralresolutionen 7), daß diese Verordnung auch von dem vorhergehenden Fall zu verstehen sey, mithin das Petitorium vor den ordentlichen Richter der ersten Instanz gehöre. Dies behaupten auch fast alle Cameralisten 8), und dennoch

noch glaube ich, daß ob connexitatem causae das Petitorium dort angebracht werden könne, wo das Poßeßorium entschieden worden 9). Denn wenn gleich die C. G. O. von 1555. das Gegentheil behauptet, auch das Concept der C. G. O. solches ebenfalls vorschreibt; so ist doch, wie Ludolf 10) ganz recht anmerkt, die Constitution de continentia causae non dividenda jünger, als die vorangeführte C. G. O. von 1555.

1) Conc. C. G. O. P. II. Tit. XXII. §. 5. „Doch soll angeregter Metus armorum, auch die vorstehende Gefahr, und Procinctus partium etlichermassen und summarie aus derselben ergangenen Mißiven, oder hierüber aufgerichten Instrumenten, zuvor dargethan und beschienen werden, oder der Richter aus eigener Wissenschaft des Bericht haben.

2) Eine jede Furcht ist nicht hinreichend, sondern es muß eine solche seyn, welche einen standhaften Mann beunruhigen kann, und die nicht bloß aus Drohungen, oder Pralereyen des Gegners entstanden. S. de LUDOLF l. c. p. 72. BOCKEN l. c. ad Tit. XXXI. n. 7. de CRAMER l. c. §. 939. MEVIUS Part. VIII. Dec. 155.

3) Die Besorgniß muß aber noch zukünftig, und nicht schon vergangen seyn. Denn sonst findet eine Klage aus dieser Constitution nicht statt.

4) R. A. von 1512. l. c. C. G. O. von 1521. Tit. XXXII. §. 1. C. G. O. von 1555. P. II. Tit. XXI. §. 1. Concept C. G. O. P. II. Tit. XXII. pr.

5) L. 13. D. de Rei vind. L. 10. C. de Iudic.

6) l. c. §. 2. Und so die Sach der streitigen Poßeß oder Gewähr an dem Cammergericht geendet ist, und dann die Partheyen solcher Güter oder Gerechtigkeit halben, sonst weiter Spruch und Forderung zu haben vermeinten, das soll vor dem ordentlichen Richter solches Guts oder Gerechtigkeit vorgenommen, oder gesucht werden.

7) Siehe von HARPPRECHT l. c. p. 535. So bringen auch die Worte dieser Constitution in vers. anführend: Und ob die Sach ꝛc. ausdrücklich mit sich, daß derselbige auf beyde vorhergehende §. §. verstanden werden soll.

8) de LVDOLF l. c. p. 70. PVTTER l. c. §. 281.

9) S. COCCEII in iur. controu. L. XI. Tit. 2. qu. 1. Summa enim, sagt er: iniquitas esset, si actor plures actiones in diuersis iudiciis instituere, vel reus diuersis locis respondere teneretur, *cum coram vno iudice lis terminari ex continentia causae possit.* conf. Tit. D. ex quibus caus. ad eund. iud. eat. L. penult. de municip. & L. 5. C. arbitr. tutelae. *Pfankuch.* l. c. L. I. c. V. n. 14 seq.

10) l. c. p. 71.

§. 110.

Da schon in dem Fall die Austräge ceßiren, wann nur eine gegründete Besorgniß vorhanden ist, daß es zu Thätlichkeiten kommen möge; (§. 109.) so muß dies um so mehr alsdann geschehen, wann die Partheyen **schon würklich im Begrif sind, die Waffen gegen einander zu ergreifen** 1). Denn alsdann ist es zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe im Reich nothwendig, daß die schleunigsten Maßregeln ergriffen werden, diesem Unwesen zu steuren, und es soll deshalb den höchsten Reichsgerichten frey stehen, **von Amtswegen** (ex officio) oder auf Anrufen der Partheyen sofort auf eine Sequestration, oder Inhibition zu erkennen, summarisch, ohne ordentliches gerichtliches Verfahren zu veranlassen, über die possessionem *momentaneam* zu urtheilen, und da nächst den Partheyen

theyen die weitere Ausführung ihrer Befugnisse sowohl in possessorio *ordinario* als *petitorio* zu überlassen. Der Zweck der Sequestration und Inhibition geht demnach bloß dahin, daß Mord und Todschlag, Krieg, Aufruhr und Empörung vermieden werden möge. Und da durch die Sequestration verhindert wird, daß keiner der streitenden Theile sich während des Processes den Besitz anmassen könne; so folgt, daß auch die Inhibition nicht gegen eine Parthey allein, sondern gegen beyde 2) gerichtet werden müsse, weil sonst schon eo ipso das Summariissimum, ohne daß der andere Theil darüber gehöret worden, entschieden seyn würde. Bey diesem Proceß aber wird allein über das Possessorium *Summariissimum* erkannt, mithin wird lediglich darauf gesehen, wer von den litigirenden Partheyen zur Zeit des angefangenen Processes zuletzt im Besitz gewesen, oder den letzten actum possessorium exerciret habe, und diesem alsdann so lange die Poßeßion vel quasi eingeben, bis der andere beweiset, daß er ein älteres, besseres und vorzüglicheres Recht zum Besitz habe 3). Was sonsten bey dem Proceß selbst zu beobachten ist, und wie es mit dem Beweis oder Bescheinigung gehalten werde, gehöret nicht zum Zweck meiner Abhandlung, sondern kann in den Büchern vom Reichsproceß mit mehrerm nachgesehen werden, daher ich um die mir vorgesetzten Schranken nicht zu überschreiten, den Leser dahin verweise.

1) C. G. O. von 1555. P. II. Tit. XXI. §. 3. Concept. C. G. O. P. II. Tit. XXII. §. 4. Ob auch im obberührten

ten Fall den Partheyen, die ohne Mittel dem Reich unterworfen, die Gewähr, Poßeßion oder quasi aus redlichen Anzeigungen zweifllich, und die Partheyen jezt allbereit mit thätlicher Handlung gegen einander im Vorhaben, Uebung und Procinctu stünden, also daß sogleich Empörung, Weiterung oder Aufruhr daraus zu besorgen: sollen der Cammerrichter und die Beysitzer Gewalt und Macht haben, auf Anrufen der Partheyen, oder für sich ex officio die Poßeßion zu sequestriren.

2) C. G. O. l. c. — — oder aber der quasi Poßeßion halber beyden Theilen zu gebieten, sich derselben zu enthalten.

3) Die Beschwerden der Stände gegen diese Verordnung nebst den Cameralresolutionen findet man beym vom HARPPRECHT l. c. p. 497 seq. und p. 535 seq. cf. L. 13. §. 3. D. de Vsufr.

§. 111.

Wenn zweene oder mehrere dem Reiche **nicht** ohne Mittel Unterworfene über den Besitz einer Sache mit einander streiten; so kann dieserhalb nicht bey den höchsten Reichsgerichten geklagt werden, sondern beyde Theile sind schuldig vor dem ordentlichen Landesherrn, in dessen Gebiet oder Bezirk die Sache befindlich ist, ihre Klage anzubringen. Wäre es aber, daß die Güter oder Gerechtigkeit, um deren Poßeßion der Streit entstanden, nicht unter einem Herrn, oder Obrigkeit gelegen wären, also daß jeder Theil vermeinen wolte, die Güter oder Gerechtigkeit lägen in seiner, oder seines Herrn oder anderer Obrigkeit Gebiethe und Herrschaft; so soll auch diese Sache zur Cognition der höchsten Reichsgerich-

richte verstellet seyn 1). Und dieses ist der dritte Fall, von dem die Constitution wegen des streitigen Besitzes redet. Es wird jedoch hiebey vorausgesetzt, daß es nicht notorisch und ungezweifelt seyn müsse, daß die Güter oder Gerechtigkeit unter verschiedener Herrschaften Jurisdiction gelegen sind, sondern daß es ungewiß und zweifelhaft seye, wem die Gerichtsbarkeit zustehe, und daß beyde sich selbige anmassen wollen. Denn nur in diesem Fall ist aus der Constitution wegen des streitigen Besitzes die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte gegründet 2), da in jenem Fall es sich schon von selbst versteht, daß ob continentiam causae der Iudex omnium superior, mithin die höchsten Reichsgerichte alle Streitigkeiten sowol in possessorio als petitorio zu entscheiden haben 3).

1) R. A. von 1512. §. 57. oder Tit. IV. §. 12. C. G. O. von 1555. l. c. §. 2. Concept C. G. O. l. c. §. 1. cf. IO. PHIL. CONR. FALCK in deductione causar. restit. in integr. contra sententiam d. 16. Dec. 1748. latam in Sachen von Breidenbach und Breidenstein c. Hessen-Darmstadt. (Darmstadt. 1751 fol.) P. III. cap. 3. §. 28. n. a. p. 101 seq.

2) LUDOLF irret daher offenbar, wenn er in syst. proc. p. 71. schreibt, daß diese Constitution nicht von einer inter Dominos streitigen Gerichtsbarkeit rede, sondern nur von Sachen, welche unter verschiedener Herrn Jurisdiction belegen sind, und von den Partheyen gezweifelt wird, wer solche auszuüben habe. Denn so bald es ausser allem Streit ist, in wessen Gebiet das Gut gelegen, und wem darüber die Landeshoheit zustehe; so muß diesem die Untersuchung und Entscheidung des Processes der unter den mittelbaren Partheyen wegen der streitigen Poßeßion obwaltet,

 über-

überlassen werden. cf. IO. CHRIST. LIMBACH processus informatiuus cum not. DECKHERR (1723. 4.) p. 33.

3) de CRAMER l. c. §. 940. Si obiectum litis in diuersis territoriis situm, & iurisdictio inter Dominos territoriorum *non litigiosa*, adest quoque *continentia causae*. Vnde non solum ex capite litigiosae possessionis, sed & ex capite continentiae causae, tam in possessorio retinendae, adipiscendae & recuperandae, quam petitorio supremorum Imperii tribunalium fundata est Iurisdictio. CRAMER glaubt also auch, daß es nicht nöthig sey, daß die Iurisdiction bestritten werde. Allein die Worte des R. A. v. 1512. tit. IV. §. 12. also daß jeder Theil vermeinen wolte, dieselben Güter — — ligen in seiner — — Gebiet oder Herrschaft, bezeugen schon das Gegentheil cf. PVTTER l. c. §. 282. BLVME l. c. T. XXXI. nr. 16. — — non refragabor illi, qui dixerit, Dominorum iurisdictionem litigiosam fundare forum Camerale.

§. 112.

Ob nun gleich die Constitution wegen des streitigen Besitzes ausdrücklich vorschreibt, daß in allen obgenannten drey Fällen die Austräge nicht statt haben, sondern die Reichsgerichte darinn cognosciren sollen, so setzt sie doch hinzu: 1) **Wo aber etliche Stände wären, die sonst derhalben rechtliche Austräge zwischen ihnen hätten, die sollen gehalten werden, und hiedurch denselben kein Abbruch gethan seyn.** Es entsteht daher die Frage, wie diese Stelle zu erklären sey? So sehr verschieden auch die Gelehrte hierüber urtheilen; so sind sie doch darinn alle einig, daß hieselbst nicht von gesetzlichen, sondern nur von Conventionalausträgen disponiret werde. Allein

lein ob diese aus dem R. A. von 1512. entlehnte Stelle, welche sich bloß auf den der Zeit auf zehn Jahr wiederum prorogirten schwäbischen Bund beziehet, indem nach der Bundesordnung die Bundsverwandte sich ausdrücklich auch in diesem Fall über besondere Austräge verglichen hatten, noch heutiges Tages ihre Anwendung finde, darüber wird gar sehr gestritten. Einige behaupten 2), daß nach erloschenem schwäbischen Bunde, auch diese Stelle des Gesetzes nicht weiter anwendlich sey, andere 3) hingegen sind der Meinung, daß den Conventionalausträgen, wenn sie mit hierauf gerichtet sind, auch noch heut zu Tage, das Recht hierüber zu urtheilen allerdings zukomme. Betrachtet man die Verordnung wegen der streitigen Poßeßion mit irgend einiger Aufmerksamkeit; so wird man bald gewahr, daß die Disposition wegen der Austräge nur allein von dem Fall rede, wenn mittelbare Partheyen über den Besitz eines Guts oder Rechts streiten, in Ansehung dessen die Jurisdiction zwischen verschiedenen Landesherren zweifelhaft ist, und daß selbige nicht auf den Fall gezogen werden könne, wenn Personen, die dem Reich ohne Mittel unterworfen, über den Besitz eines Guts oder Rechts in Irrungen gerathen. Es sey nun, daß nur blos Metus armorum vorhanden, oder daß die Partheyen schon würklich im Begrif sind, Feindseligkeiten gegen einander auszuüben. Denn der erste Anblick zeiget es, daß im R. A. von 1512. sowol, als in der C. G. O. von 1521. nur zween

Fälle der streitigen Poßeßion unterschieden werden. Der erste Fall betrift die Unmittelbaren, wovon es heißt: deß sollen beyde Theil zu endlichem Austrag für Unser Kayserlich Cammergericht kommen, und solcher Irrung oder streitigen Gewehr oder Poßeß halben sich daselbst endlich mit Recht entscheiden lassen. Der andere Fall hingegen handelt von mittelbaren Partheyen, deren Güter, worüber gestritten wird, unter verschiedenen Landesherren gelegen sind, welche aber alle die Jurisdiction und Landeshoheit darüber prätendiren. Und hievon wird verordnet; Wo aber etliche Stände wären, die sonst derhalben rechtliche Austräge zwischen ihnen hätten; die sollen gehalten werden, und hiedurch denselben kein Abbruch gethan seyn.„ Hätte diese Verordnung auf alle drey Fälle der streitigen Posseßion, wovon des dritten jedoch erst in den nachherigen Gesetzen erwähnt wird, gehen, und in allen die Austräge statt haben sollen; so würde in der neuern C. G. O. von 1555. und im Concept C. G. O. solches gewiß deutlich angeführt seyn. So aber ist solche nur allein bey dem zweyten Fall wegen der mittelbaren Partheyen beybehalten 4) und deshalb auch nicht weiter auf die übrigen Fälle zu extendiren. Meiner wenigen Einsicht nach glaube ich daher nicht zu irren, wenn ich noch heutiges Tages in Ansehung des gedachten zweyten Falls dieser Verordnung die völlige gesetzliche Kraft und

Gül-

Gültigkeit beylege. Ohne mich jedoch auf das bekannte: LEX SCRIPTA SEMPER LOQVI PRAESVMITVR zu berufen, erwäge man nur, daß kein einziger Grund vorhanden sey, warum das Gesetz nicht noch anjetzt solte gelten können. Denn ist gleich der schwäbische Bund zu derselbigen Zeit aufs neue prorogirt worden, als die Constitution verfertigt ward; so ist sie doch nicht auf den schwäbischen Bund eingeschränkt, sondern ganz allgemein abgefaßt. Das kann also hier keinen Einfluß haben, daß der schwäbische Bund längst erloschen sey. Denn auch der Grund, weshalb nach der Constitution wegen des streitigen Besitzes die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte gleich in erster Instanz fundirt seyn soll, und der in den zu besorgenden Gewaltthätigkeiten gesetzt wird, fällt hier weg, indem die C. G. O. bey diesem Fall eines solchen Metus armorum gar nicht gedenket 5). Vielleicht aber möchte man mir einwenden, daß alsdann dieser Fall ganz hätte ausgelassen werden können, wenn beständig die Austräge hierinn cognosciren solten. Allein ob ich zwar gerne zugebe, daß ein solcher Fall anjetzt nicht häufig mehr vorkomme; so ist doch dieser Einwand leicht zu heben. Die Constitution supponirt, daß die Jurisdiction über das Gut, um dessen Besitz mittelbare Partheyen streiten, von mehrern Landesherren zugleich ausgeübt werden will, von denen jeder etwa besondere Austräge hat, und befiehlt deshalb, daß in einem solchen Fall die Sache sofort an die Reichsgerichte

gebracht werden soll 6), indem zur Zeit der errichteten C. G. O. von 1555. die Constitution de continentia causae non diuidenda noch nicht verfertiget war 7), (§. 109.) gleichwol aber hier eine Ausnahme von den Legalausträgen statt haben solte, welches schon die Rubrik des 9. Titels im zweyten Theil der C. G. O. zeiget. Wenn indessen Stände, welche über die Jurisdiction streiten, ihre festgesetzte Conventionalausträge haben, so ceßirt die Schwierigkeit, welche in Ansehung der Legalausträge vorhanden war; daher dann auch denselben hiedurch kein Abbruch gethan seyn soll. Sobald aber in diesem Fall es zu besorgen stünde, daß die verschiedenen Landesherren untereinander zu Thätlichkeiten kommen möchten; so würden auch alsdann hieselbst die Austräge ceßiren.

1) R. A. von 1512. §. 57. oder Tit. IV. §. 12. C. G. O. v. 1521. Tit. XXXII. §. 2. C. G. O. von 1555. P. II. Tit. XXI. §. 2. Concept C. G. O. P. II. Tit. XXII. §. 3.

2) Siehe IO. IAC. ZWIERLEINS Anmerkungen zum Concept C. G. O. l. c. p. 358. CHRISTOPH LVD. KOCH in disquisit de austr. S. R. I. procerum §. 16. not. d.) GEORG PFANKVCH l. c. L. I. c. V. §. 2. PVTTER in epit. proc. imp. §. 282.

3) CHRISTOPH FRID. GEIGER in comm. de amplitudine fori conuenti Austraeg. §. 16. de CRAMER in system. proc. imp. §. 951. cf. DATT de pace publ. Lib II. cap. 21.

4) Denn im Concept. C. G. O. P. II. Tit. XXII. wird zu Anfange von dem Fall gehandelt, wann Unmittelbare über die Poßeßion einer Sache streiten, und daraus, daß ein jeder sich für den Besitzer hält, zu besorgen, daß es zu thätlichen Handlungen kommen möchte.

te. Hierinn soll das Cammergericht urtheilen, und keine Austräge statt haben. Der §. 1. und §. 2. bestimmet, wie es gehalten werden soll, wenn mittelbare Partheyen wegen der Poßeßion einer Sache in Irrung gerathen, die unter mehrerer Landesherren Gerichtsbarkeit gelegen ist, von denen jeder sich selbige anmaßet, und sagt: darum sollen die Partheyen auch vor das Kayserl. Cammergericht kommen — — — Dies soll die Regel seyn, wornach man sich in solchen Fällen zu richten hat. Nun wird die Ausnahme gemacht, §. 3. Wo aber etliche Ständ wären, die sonst derhalben rechtliche Austräge zwischen ihnen hätten, die sollen gehalten werden — — — In diesem Fall allein sollen also nur die Austräge statt haben, jedoch nicht die gesetzlichen, sondern die Conventionalausträge. Im §. 4. wird hierauf vom dritten Fall der streitigen Poßeßion zwischen solchen dem Reich ohne Mittel unterworfenen Partheyen, die schon in Procinctu sind, thätlich zu handeln, verordnet, daß Cammerrichter und Beysitzer Gewalt und Macht haben sollen, auf Anrufen der Partheyen, oder für sich selbst ex officio die Poßeßion zu sequestriren — — Die Ausnahme, welche wegen der Conventionalausträge beym zweyten Fall gemacht worden, ist also hierauf nicht zu ziehen, weil sonst die Disposition wegen der Austräge ganz zuletzt hätte gesetzt und dadurch angezeiget werden müssen, daß selbige in allen vorhergehenden Fällen statt haben solte. Siehe indessen BLVME l. c. Tit. XXXI. n. 21.

5) BLVME l. c. n. 16. behauptet zwar auch hier das Gegentheil, allein, wie mich dünkt, ohne hinreichenden Grund. Man lese dagegen, was IO. CHR. BOCKEN ad Blum. l. c. n. 16. schreibet. In hoc secundo casu metum armorum requiri, nec lex cantat, nec scitur, eum vnquam requisitum fuisse, nota potius est regula: *in correctoriis stricte esse interpretandum*, nec in iis citra legem expressam admitti extensionem, quam tamen BLVMIVS hoc loco facere intendit, & quidem *a casu primo declarato* ad casum secundum

non declaratum specifice distinctum, quod iuris rationi non correspondet. cf. de CRAMER l. c. §. 940. n. 2.

6) cf. IO. CHRPH. LIMBACH l. c.

7) de CRAMER l. c. §. 940. Quoniam autem Constitutio haec de litigiosa possessione, antiquior Recessu Deputationis, per quem Continentia causae stabilita, casus ceu distinctus a caeteris, hic eo magis notandus fuit, quod per talem controuersiam etiam inter mediatos, quies publica turbari possit.

§. 113.

So weit von den Fällen der streitigen Possession, in sofern nemlich aus der Constitution wegen des streitigen Besitzes geklaget wird, welche jedoch, wenn ich aufrichtig sagen soll, heut zu Tage sehr wenig mehr vorkommen, weil es nicht nur sehr schwer ist, alles dasjenige zu beweisen, was die Constitution de litigiosa possessione erfordert, und solches auf vorkommenden Fall anzuwenden 1), sondern es auch mit vielen Schwierigkeiten verknüpft ist, einen streitigen Besitz *a turbata* possessione zu unterscheiden. Man räth daher seiner Parthey immer besser, wenn man ihr durch ein Mandatum de non turbando S. C. auf einen der vier Fälle, wovon wir nachher noch kürzlich handeln werden, zu helfen sucht, als wenn man aus dieser Constitution klaget. Nicht zu gedenken, daß er auf jenem Wege schneller, als auf diesem seinen Endzweck erreichen wird.

1) de LVDOLF l. c. p. 72 seq. Accedit *rei ipsius difficultas*, vt requisita constitutionis *ad factum adplicentur*. Litigiosam possessionem *a turbata* distinctam esse docet LYNKER de grau. extraiud. Cap. V. Sect. 1. §. 13. n. 6.

n. 6. hanc ad iudices ordinarios pertinere. Nemo non videt, *casum litigiosae possessionis probatu esse difficilem.* cf. de CRAMER. l. c. §. 951.

§. 114.

Um mich nicht gar zu weit von dem eigentlichen Ziel meiner Abhandlung zu entfernen, werde ich die übrigen Sachen, worinn die Austräge vermöge besonderer Reichsconstitutionen, oder sonst ihrer Natur und Eigenschaft nach, nicht statt finden, nur ganz kurz anführen können, da die mehresten derselben gleichfalls heutiges Tages selten vorkommen. Hieher gehören **II. Land- und Religions-Friedensbruchs-Sachen** 1), **III. Pfandungs-** 2) und **IV. Arrest-** 3) Sachen) oder V. wenn jemand seines Eydes erlassen seyn will, um danächst klagen zu können 4), oder VI. wenn jemand eine Provocation ex Lege diffamari 5), oder ex L. si contendat 6) anstellet, oder VII. um eine Edictal Citation an alle seine Gläubiger imploriret 7). Daß endlich VIII. in causis *voluntariae iurisdictionis*, oder wenn IX. Unmittelbare auf das Reichscammergericht **compromittiret**, die Austräge nicht urtheilen können, versteht sich ohne mein Erinnern von selbst. So wie auch X. ob continentiam causae 8) und ob connexitatem causarum 9) die Sache gleich bey den höchsten Reichsgerichten angebracht werden müssen 10).

1) Landfriede von 1495. §. 6. in der Samml. der R. A. P. II. p. 5. — — „doch mag und soll nicht desto-

myndær vnser Camerrichter, und Camergericht allzeyt auf Anrufen der Beschedigten oder Bekriegten, oder auch von Ambts wegen wider die Ueberfarer vnd Fridpre-cher, wie Recht, procediren,, Landfriede von 1548. (wodurch der Landfr. v. 1521. zwar erneuert, aber in vielen Stücken geändert ward) art. VII. C. G. O. von 1555. P. II. Tit. IX. Concept. P. II. Tit. X. cf. Passauischer Vertrag 1552. R. A. v. 1555. §. 7-33. I. P. O. art. V. §. 1. art. XVII. §. 4. N. R. A. §. 193. N. Wahlcapitul. art. 1. §. 11. Sie auch DATT de pace publica. GAIL de pace publ. LEHMANN de pace relig.

2) Die erste wegen der Pfandungen erlassene Verordnung findet sich in der C. G. O. v. 1555. P. II. T. XXII. welche nachher vielfältig erläutert und verbessert worden im R. A. 1566. §. 20 seq. im Vis. Absch. 1568. §. 6 seq. im R. A. 1594. §. 71 seq. R. D. A. 1600. § 36. seq. im Conc. C. G. O. P. II. T. XXIII. Im N. R. A. §. 79. 138. 139. ist zwar eine Verbesserung dieser Constitution beliebet, und versprochen, aber noch nicht zum Stande gekommen. Die Beschwerden der Stände gegen diese Constitution nebst den Cameralresolutionen liefert der Herr von HARPPR. l. c. p. 501 seq. und 538 seq. cf. GAIL de pignorationibus. THOM. MAVL expositio constit. imper. de pignoration. Frcf. 1635.

3) In der letzten C. G. O. v. 1555. ist von den Arresten noch nichts verordnet, weil man sie bis zum Jahr 1570. für etwas erlaubtes hielt. In dem R. A. von diesem Jahr §. 84. aber wurden sie *generaliter* verboten, welches jedoch hernach im R. A. von 1594. §. 82. 83. und im Concept. C. G. O. P. II. Tit. XXIV. §. 1. auf unerlaubte, in den Rechten verbotene Arreste eingeschränket worden. cf. GAIL de manuum iniectionibus, impediment. s. *arrestis* imperii. THOM. MAVL de arrestis imperii. Frcf. & Lips. 1635. PVTTER in elem. iur. publ. §. 434. not. c.)

4) C. G. O. von 1555. P. II. Tit. XXIV. Visitat. Memor. von 1575. §. 7. Conc. C. G. O. P. II. Tit.

XXVI.

XXVI. cf. R. R. A. §. 164. cf. THOM. MAVL de relaxatione iuramenti ad effectum agendi Frcf. 1634. IO. SIBRAND diss. de iuramenti relaxatione Rost. 1684. DIET. HERM. KEMMERICH de potestate relaxandi iuram. in I. R. G. Lips. 1716.

5) L. 5. C. de ingen. manum. In dem R. A. 1530. §. 93. beklagten sich die Stände, daß das C. G. sehr vielfältig Processe ex L. diffamari ausgehen lasse, welchen doch nicht nachgekommen, sondern nur bloß die Sache anhängig gemacht würde, und dann liegen bliebe. Es ward deshalb im R. B. A. von 1531. §. 32. sonst 35. verordnet, daß die Processe ex L. diffamari nicht anders erkannt werden solten, „dann aus Grund der gemeinen Rechte und cum aliqua causae cognitione cf. R. A. 1532. art. 3. §. 2. C. G. O. von 1555. P. II. Tit. XXV. Conc. P. II. Tit. XXVII. R. R. A. §. 83. cf. TEXTOR ad Recess. Imp. Nouiss. Disp. V.

6) L. 28. D. de fideiuss. cf. de CRAMER obs. 191. Ebend. Wezl. Beytr. P. III. n. 8. Ob einem Prouocato ex L. si contendat, falls er nicht erscheint, perpet. silent. zu imponiren, oder Prouocans zum Beweis seiner Exceptionen anzuhalten: ingleichen ob ein solcher in den höchsten R. Gerichten Provocirter immediat seyn müsse?

7) Es ist dieserhalb zwar keine besondere Reichsconstitution vorhanden, allein es hat doch diese Sache mit der Provocation ex L. diffamari die größte Aehnlichkeit cf. de CRAMER obs. 227. Ebendes. Wezl. Nebenst. P. XI. n. 1. Was immediati zu beobachten haben, wenn sie bey den höchsten Reichsg. citat. edict. contra quoscunque Creditores ad proponendum & deducendum praetens. suas impetriren wollen. Ebendas. P. XXI. n. 10. von der rechtlichen Beschaffenheit und deren Wirkungen einer Edictalcitat. Credit. cuiusdam immediati.

8) R. D. A. 1600. §. 23. 24. Conc. C. G. O. P. II. T. IX. cf. DVB. CAMER. v. 1555. Dub. 4. 5. in corp. iur. cam. p. 472. PETR. FRIDERVS MINDANVS de continentia

tia causarum. IO. HENR. BERGER pr. Obseruat. de continent.. causar. Vitemb. 1703. IO. FERD. GVIL. BRAND de continent. causae, quatenus praetermissis Austraegis fundet iurisd. camerae imper. Wezl. 1754.

9) cf. Neueste Wahlcapitul. art. XVI. §. 17. IO. PHIL CARRACH diss de foro continent. causar. ex connexitate ad L. 10. de iudic. Hal. 1751. IO. AVG. BACH diss. de caussis coniunctis, earumque foro competente ipsi. 1755.

10) Ein weitläuftiges Verzeichniß aller Fälle, worinn die Austräge ceßiren, liefert ESTOR in der oft angeführten diss. de iure primi fori §. 82.

§. 115.

Weit häufiger sind die Fälle, da XI. wegen der *Mandatorum S. C.* die Austräge vorbeygegangen, und die Sache gleich an die höchsten Reichsgerichte gebracht wird. Und obgleich in Sachen Landfriedensbruchs, der streitigen Poßeßion, der Pfandungen und Arresten (§. 106. 114.) vermöge besonderer Reichsgesetze die Jurisdiction der höchsten Reichsgerichte fundiret ist; so sind doch wegen der vielen damit verbundenen Schwierigkeiten heut zu Tage die Fälle äusserst selten, daß würklich aus gedachten Constitutionen geklaget wird. Denn so wird beym Landfriedensbruch nothwendig erfordert, a) eine öffentliche Gewalt (vis publica, violentia), welche b) mit gewafneter Hand (coadunatis & armatis hominibus) vorgenommen worden, und c) ein gefährlicher, böslicher Vorsatz (dolus malus) den andern zu beleidigen. Wie schwer es seyn

seyn müsse, diesen Vorsatz zu beweisen, wird ein jeder leicht begreifen, wenn er bedenkt, daß der Friedbrüchige sich immer mit einer erlaubten Vertheidigung in dem Besitz seiner vermeintlichen Rechte und Befugnisse entschuldigen kann 1). Soll aus der Constitution von Pfandungen geklagt werden; so setzt dies zum voraus, daß ein Unmittelbarer A) eine dritte 2), unschuldige nicht im Streit befangene Sache in der Absicht gepfändet 3) um sich dadurch ein neues 4) Recht zu erwerben, und nicht zu dem Zweck, um sich in seinem Besitz und Recht zu schützen 5); B) daß die Pfandung eine bürgerliche, und nicht peinliche Sache betreffe, und C) daß dadurch ein Unmittelbarer in seinem wohlhergebrachten ruhigen Besitz gestöhret worden. Und eben so verlangt die Constitution von Arresten, daß ein Unmittelbarer gegen einen andern Unmittelbaren, oder dessen Güter und Unterthanen, ohne rechtliche Untersuchung, eigenmächtig, ohne auf die angebotene Caution de Iudicio sisti, ac Iudicatum solui zu achten, einen Arrest verhängt habe 6). In beyden Fällen ist es für den Kläger äusserst lästig, alle Requisita, welche gedachte Constitutionen verlangen, zu beweisen 7). Was Wunder also, daß darauf selten geklagt, sondern die Sache lieber zu einen MANDATO S. C. auf die vier Fälle qualificiret wird, weil man ohnedem hiedurch weit eher seinen Zweck erreicht.

1) Sie-

1) Siehe STRUBEN Princeps imperii Ius suum vi & armis defendens. de CRAMER Wezl. Nebenst. P. XXII. n. 1. Von den Schwierigkeiten der Action in causis fractae pacis publicae, und der Seltenheit einer condemnatori Urtel in derley Fällen cf. CHR. THOMASIUS de fatuis causis a Pacifragio excusantibus.

2) Eine dritte Sache (res tertia) ist überhaupt eine jede von der im Streit befangenen verschiedene Sache. Es ist daher nicht nothwendig, daß selbige auch einem dritten gehöret. Denn ist gleich eine jede Sache eines dritten eine res tertia, so kann man doch nicht umgekehrt behaupten, daß eine dritte Sache beständig die Sache eines dritten (Tertii cuiusdam) sey. S. R. A. v. 1594. §. 71. Concept. P. II. Tit. XXIII. §. 8. wollen wir daß allein in denen Fällen, da res tertia, die nicht streitig, abgenommen würde, als da man einer streitigen Gerechtigkeit halber, als Jagens, Weydens, Beholzens ꝛc. Garn, Hunde, Viehe, Wagen, Pferde, und dergleichen Pfandsweiß hinweg nimmt, Mandata mit angehefter Citation auf diese Constitution erkannt werden sollen. — Denn die Instrumente, womit die Gerechtigkeit exercirt wird, sind nicht selbst die streitigen Rechte, sondern werden für eine dritte Sache geachtet. Und obgleich im Concept. l. c. §. 8. die fructus rei litigiosae für keine dritte Sache, sondern pro re ipsa controuersa gehalten werden; so wird doch §. 9. verordnet, daß bey einer streitigen Gerechtigkeit des Jagens und Fischens, das gefangene Wild oder Fische als eine dritte Sache und nicht pro rei litigiosae fructu seu parte angesehen werden sollen. Der Grund hievon ist in Römischen Rechten zu suchen, da bekanntlich das Wildpret, die Fische und Vögel, wenn sie nicht in Thiergärten und Behältern eingeschlossen gewesen, eine res nullius waren. §. 12. I. de rer. diuis.

3) Hieher wird auch gerechnet, wenn zwar nichts abgenommen, aber doch die Sachen verwüstet und ruiniret worden Conc. l. c. §. 19. R. D. A. 1600. §. 44.

4) Es

4) Es muß deshalb der Supplicant in specie anzeigen, was der Pfänder für Gerechtigkeit durch die vorgenommene Pfandung schöpfen wolle, Conc. l. c. §. 4.

5) Denn es ist gewiß ein großer Unterschied, ob ich mir ein neues Recht, welches der andere bisher ruhig ausgeübt hat, eigenmächtig auf eines fremden Gut erwerben, oder ob ich nur blos den andern verhindern will, sich auf meinen Grund und Boden ein neues Recht zu acquiriren. S. de CRAMER obs. 87. Ebendess. wezl. Nebenst. P. I. n. 5 Wezl. Beyträge P. I. n. 31.

6) Ist also der Arrest vom ordentlichen Richter auf Ansuchen eines dritten in Gemäßheit der Rechte erkannt; so ist dies kein verbotener, sondern ein erlaubter Arrest, weshalb auf diese Constitution kein Bezug gemacht werden kann. Conc. C. G. O. P. II. Tit. XXIV. §. 3.

7) Siehe de CRAMER in obseru. obs. 62. EIVSD. syst. proc. imp. §. 903. und 930.

§. 116.

Der Mandatsproceß ist ein ausserordentlicher Proceß, worinn der Richter gleich ohne vorheriger angestellter Untersuchung dem Beklagten befiehlt, dasjenige zu thun, oder zu lassen, was der Kläger gebeten. Wird dem Beklagten annoch frey gelassen, hiegegen innerhalb einer bestimmten Frist seine Einreden vorzubringen; so nennt man die Verordnung des Richters ein MANDATVM C. C. Ist ihm aber solches nicht erlaubt; so ist dies ein MANDATVM S. C. 1) Die Reichsgesetze scheinen dergleichen Mandate ohne Justificatorclausel nur eigentlich in vier Fällen 2) zulassen zu wollen. 1) wenn die Sache und Handlung an ihr selbst von Rechts- oder allgemeiner

ner Gewohnheits wegen verboten, oder, wo dieselbige begangen, auch **ohne einige weitere Erkenntniß** für strafwürdig, oder unrechtmässig zu halten. 2) wenn dadurch dem anrufen-Theil eine solche Beschwerd auferlegt und zugefügt würde, die nach begangener That nicht wiederzubringen. 3) wenn die Sache wider den gemeinen Nutzen wäre, und 4) wenn die Sache keinen Verzug leiden möchte. Allein zu geschweigen, daß diese vier Fälle nicht so deutlich angegeben sind, daß nicht ausser denselben Mandate ohne Clausel erkannt werden könnten; so fügt selbst die C. G. O. 3) nachdem diese vier Fälle angeführt worden, hinzu: „in solchen **und sonst andern Fällen**, in denen vermöge der Rechte, a praecepto angefangen werden mag, sollen und mögen durch Cammerrichter und Beysitzer Mandata ohne Iustificatori-Clausul erkannt, und ohne einige Wiederrede oder Verhinderung vollzogen werden.„ Es sagt auch der R. A. von 1594. 4) „dieweil nicht möglich, alle Fälle, darauf Mandata sine Clausula erkannt werden mögen, unterschiedlich zu erzählen; so soll jederzeit bedacht und erwogen werden, daß dieselbe nicht erkannt, es seyen dann die Narrata den darüber aufgerichteten Generalconstitutionen und gemeinen beschriebenen Rechten allerdings gemäß.„ Da nun

dies

dies in dem Concept der C. G. O. und im N. R. A. 6) wiederholet worden; so ist dadurch den Klägern ein weites Feld eröfnet, die Austräge vorbeyzugehen. Die Sache mag daher beschaffen seyn, wie sie will; so sucht doch der Advocat selbige zu einem von den Fällen zu qualificiren, worinn sofort ein Mandat ohne Clausel erkannt werden kann. Doch! dies sind Blendwerke der Advocaten, die zu bekanntlich sind, als daß die höchsten Reichsgerichte sich dadurch solten irre machen lassen. Weil indessen vielfältig darüber Beschwerde geführet worden, daß die vier Fälle, worinn allein Mandata sine Clausula verstattet sind, zu weit erstreckt, und dabey die nach Vorschrift des N. R. A. erforderliche Umstände und Requisita nicht jedesmal mit Fleiß beobachtet, mithin dadurch die Partheyen nicht nur um ihre erstere Instanz gebracht, sondern auch sehr oft gegen der Reichsstände Priuilegia de non appellando, & euocando, Iura Austraegarum etc. Proceße und Mandate erkannt würden; so ist in dem Reichsvisitationsabschied von 1713. 7) dem Cammergericht anbefohlen, „solches alles künftighin sorgfältig zu verhüten, den jüngern Reichsabschied hierinn allerdings zu beobachten, insonderheit aber wider den wahren Verstand der C. G. O. die in solcher Part. 2. Tit. 23. specificirte vier Fälle, gegen die Churfürstliche, Fürstliche, oder Fürstmäßige und andere rechtliche Austräge, davon die erstere Chur- und Fürstliche Freyheiten in gedachter Ordnung Part. 2.

Tit. 4. §. 4. ausdrücklich genennet werden, zu derselben Beschwerde auf nicht genugsam qualificirte 8), oder der Gebühr nach nicht beschienene Narrata in keine Weiß zu erstrecken; noch dadurch die erste Instantien zu vernichtigen.„

1) Nach der Natur und Eigenschaft solcher Mandate ohne Clausel bleibt dem Beklagten eigentlich nichts als *gloria obsequii* übrig. Es wird auch dieser Proceß wegen seiner ausserordentlichen Vorzüge der summarische und privilegirte Proceß genannt. R. D. A. 1600. §. 49. Concept. C. G. O. P. III. Tit. XLII. pr.

2) C. G. O. v. 1555. P. II. Tit. XXIII. pr. Nachdem auch in den Kayserlichen Rechten gar wohl verordnet und versehen, daß in gerichtlichen Sachen, nicht von der Execution und Mandaten angefangen werden soll; Setzen, ordnen und wollen Wir, daß an dem Kayserl. Cammergericht die Mandata und Gebot nicht anders, dann mit Einverleibung *Clausulae Iustificatoriae* — — — erkannt werden sollen. cf. L. 58. de Re iud. L. 1. C. de executione rei iud. Nach der Regel sollen also Mandata cum Clausula erlassen werden, die Mandata S. C. hingegen nur als eine Ausnahme statt haben.

3) l. c. Concept. P. II. Tit. XXV. pr.

4) §. 79.

5) l. c. §. 2.

6) von 1654. §. 79. — — — wie denn auch die Mandata sine Clausula allein in den vier Fällen, causis pignorationis, de relaxandis captiuis und andern in der C. G. O. und Reichsverfassungen, enthaltenen Fällen erkannt — — werden.

7) Reichsvisitationsabschied von 1713. §. 9.

8) Hieraus ist ersichtlich, daß selbst nach der Intention der Gesetzgeber es zu einem Mandato S. C. nicht genüge,

nüge, wenn etwa überhaupt ein factum *non iustificabile* oder welches keinen Verzug leidet, oder was sonsten einigermassen auf den einen oder andern Fall passet, angeführet worden, sondern es wird erfordert, daß es gehörig bescheiniget, und so qualificiret sey, daß die Austräge darinn übergangen werden können. Denn bey schlechten Spolien ist auch ein factum *non iustificabile*, aber es kann doch kein Mandatum S. C von den Reichsgerichten erlassen, und die Austrägalinstanz nicht vorbeygegangen werden. C. G. O. von 1555. P. II. T. VIII. pr. Nachdem sich der gemeinen schlechten Spolien halben so nicht mit gewaltiger That, aber doch wider Recht geschehen ꝛc.

§. 117.

Da nun nach dem eben angezogenen Reichsvisitationsabschied die höchsten Reichsgerichte angewiesen sind, bey Erkennung der MANDATORVM S. C. nicht nur sehr vorsichtig zu seyn, sondern auch solche nicht über obgedachte vier Fälle (§. 116.) zu erstrecken, gleichwol aber die gesetzliche Vorschrift nicht bestimmt genug ist, sondern sehr vieles der Willkühr des Richters überläßt 1); so wird es vielleicht nicht ganz überflüßig seyn, wenn ich hieselbst diejenigen Regeln kürzlich angebe, wornach die höchsten Reichsgerichte sich bey der Erlassung solcher Mandate gemeiniglich zu richten pflegen, oder doch wenigstens richten solten. Man merke demnach, daß ein Mandat ohne Clausel nicht erkannt werden kann, wenn nicht aus der eingereichten Vorstellung deutlich erhellet, a) daß der Implorat würklich dazu verbunden sey, was der Implorant for-

dert, b) daß er aber dieser seiner Verbindlichkeit nicht genüget habe, und c) daß er auf keine Art und Weise dagegen einige rechtliche Einreden vorzuschützen vermögend sey. Derjenige also, der um ein Mandat ohne Clausel implorirt, muß gleich in seiner ersten Supplik sein Recht 2), worinn er von dem andern beeinträchtiget worden beweisen, oder doch einigermassen bescheinigen 3), und damit die höchsten Reichsgerichte die Ueberzeugung erhalten, daß der Implorat gegen seine vorgenommene widerrechtliche 3) Handlung gar keine rechtliche Einreden habe 5); so muß auch dies zugleich gezeiget werden. Weil aber er fast alle und jede besondere Rechte (iura specialia) Exceptionen zulassen; so kann dies füglich nicht anders geschehen, als wenn man entweder docirt, daß der Implorat allen seinen rechtlichen Einreden entsaget habe 6); oder wenn man die wahrscheinlich von ihm zu besorgende Einwendungen sofort in der Supplik widerleget, und ihren Ungrund zeiget; oder daß die Sache von der Beschaffenheit sey, daß darinn gar keine Exceptionen statt finden, oder wenn man bey einer sonst liquiden Forderung dasjenige gleich von selbst fahren läßt, weshalb man eine Exception befürchtet. Wohin zu rechnen, wenn man aus einer Verschreibung klaget, worinn mehr als fünf von hundert an Zinsen versprochen; so ist es rathsam in der Vorstellung gleich auf die Zinsen, in soferne sie die gesetzliche Norm überschreiten, Verzicht zu leisten u. w. d. g. m.

1) Sie:

1) Siehe GYLMANNI Symphorem. Tom. II. P. III. Tit. I. n. 18. seq. Casus vero omnes, super quibus huiusmodi mandata decerni possint, in specie recenseri non posse, Dd. arbitrantur, *cum ius & ordinatio adeo generaliter loquantur, vt nullius certe limitibus aut finibus includi aut circumscribi queant.* Quis enim enumerabit casus omnes in iure prohibitos, quorum in dies noui emergunt? Quis innumerabilibus praescribit modum? Vtilitas publica infinita est, & quoties ac quando periculum in mora futurum sit, quis diuinare poterit? Imo non expedire quoque existimant propter generalitatem & ordinationem & iura angustare & restringere, *sed iudicis potius arbitrio & discretioni pro contingentiis factorum id relinquendum.* cf. RODING l. c. L. I. Tit. XII. §. 39. de CRAMER in syst. proc. § 411. atque adeo, quoniam ad quatuor istos, omnes casus singulares tanquam ad genera sua reduci possunt, *non nisi in istis 4. qui recepto loquendi vsu dicuntur*, die vier Fälle *Mandata S. C. decerni possint* — Verum equidem est, quod Ord. Cam. P. II. Tit XXV. §. 2. continetur daß nicht möglich alle Fälle (Casus nempe singulares) darauf Mandata S. C. erkannt werden mögen, unterschiedlich zu erzählen, praeter 4 tamen adducta *eorum genera*, plura non dari, R. I. N. §. 79. clarissime euincit verbis: Wie dann auch die Mandata S. C. allein in den vier Fällen (Causis Pignorationum, de relaxandis captiuis, und andern in der Cammergerichtsordnung und Reichsverfassungen enthaltenen Fällen — Die Worte läßt Cramer aus.) erkennet und ausser denselben nicht zugelassen werden.

2) Er mag es aus einem Iure *uniuersali*, welches ihm unmittelbar aus einem allgemein verbindlichen Gesetze zukömmt, oder aus einem Iure *speciali* herleiten cf. PVTTER in conspectu rei iudic. (Gott. 1748. 4.) pag. 58. seqq.

3) Vor dem R. A. von 1594. wurden sogleich auf das bloße Erzählen des Supplicanten Mandate ohne Clausel erkannt. In diesem angeführten R. A. §. 79. aber ward verordnet, daß die Unterthanen gegen ihre Obrigkeit die Narrata verisimiliter bescheinigen solten, welches im N. R. A. § 79. auf alle Supplicanten ohne Unterschied erstrecket und im Concept. C. G. O. l. c. §. 3. zwar wiederholet, jedoch nur eigentlich in Absicht der Unterthanen gegen ihre Herrschaft, und statt der Partikel: etlichermassen ist hier *verisimiliter* gesetzet. Im R. V. A. l. c. hingegen wird in Gemäßheit des jüngern R. A. die Bescheinigung in allen Sachen erfordert.

4) Denn es ist genug, wenn die Handlung an sich nur widerrechtlich ist, ohne daß es nothwendig ist, daß sie auch auf keine Art und Weise gerechtfertigt werden könne de CRAMER l. c. §. 413. Factum nullo iure iustificabile in reliquis tribus casibus non requiritur, etsi factum *Iure prohibitum* requiratur.

5) R. A. von 1594. §. 77. Daß in Sachen *Mandatorum S. C.* keine *Exceptio*, dann allein *Sub- & Obreptionis* zugelassen Conc. C. G. O. l. c. pr. in fine: und ohne einige Widerrede oder Verhinderung vollzogen werden. Sobald also die R. Gerichte voraus sehen, daß der Impetrat einige rechtliche Einreden anführen könnte; so dürfen sie kein Mandatum S. C. erlassen. Siehe R. H. R. O. Kaysers Mathias d. d. Prag 3. Jul. 1617. T. II. §. Wir befehlen ꝛc. welche ausdrücklich vorschreibt; daß sie (der R. H. R. Präsident und Räthe) sonderlich darauf sehen sollen, daß nicht auf solche Fundamente, welche *de Iure* ihre genugsame *Exceptiones* haben könnten, Mandata S. C. erkannt werden.

6) Dies kann entweder ausdrücklich, oder stillschweigend geschehen, welches letztere präsumiret wird, wenn z. E. in einer Verschreibung, die Worte: mit, oder ohne Recht befindlich sind. S. R. D. A. von 1600. §. 32.

Conc. C. G. O. l. c. Da einer in einer Verschreibung dem Gläubiger Macht und Gewalt giebt, — — sich aus den Pfanden oder Gütern mit, oder ohne Recht bezahlt zu machen; Wollen Wir, daß, — — da die Wort (oder ohne Recht) so etwas mehr auf sich haben, in der Hauptverschreibung befunden, sollen *Mandata*, doch in denen Personen und Sachen, so ohne Mittel an Unser Kayserl. Cammergericht gehörig, erkannt werden. cf. SCHWANMANN obseruat. 131. nr. 6.

§. 118.

Nach **Pütters** 1) Meinung soll alsdann, wann der Implorant bewiesen, daß sein Gegner ihn in seinem ihm zustehenden Rechte beeinträchtiget, und gar keine gültige Einwendungen dagegen vorzubringen hätte, gleich ein Mandat ohne Clausel erkannt werden können, ohne darauf zu sehen, ob hier ein factum nullo iure iustificabile vorhanden, oder ein unersetzlicher Schade, oder ein Nachtheil für den Staat, oder Gefahr beym Vorzuge zu besorgen sey. Allein ich glaube vielmehr mit **Cramer** 2), daß schlechthin die Sache zu **einem der vier Fälle** qualificiret seyn müsse, wenn ein Mandatum S. C. erlassen werden soll, wo nicht aus einer solchen speciellen Constitution 3) geklaget wird, welche gleichfalls die Erkennung eines Mandati S. C. zulassen, ob es sich gleich von selbst versteht, daß auch hier gleich aus der Supplik ersichtlich seyn muß, daß der Implorat keine gültige Einwendungen dagegen vor-

vorzuschützen vermögend sey. Das ist inzwischen nicht erforderlich, daß bey einem jeglichen Mandato S. C. alle vier besondere Eigenschaften in einem Falle vereinigt seyn dürfen, sondern es ist genug, wenn nur einer davon angetroffen wird, und gehörig bewiesen ist. In Ansehung der Streitigkeiten in Sachen Unterthanen gegen ihre Obrigkeit ist annoch zu merken, daß in solchen Sachen nicht leichtlich Proceß erkannt, wenigstens vorher Bericht gefordert werden soll 2). Befürchtet nun der Implorat, daß der andere ein Mandat gegen ihn ausbringen werde; so ist es nichts ungewöhnliches, daß er vorher die höchsten Reichsgerichte zu präoccupiren sucht, und darauf anträgt, daß, wenn sein Gegner etwa gegen ihn eine Beschwerde übergeben solte, nichts nachtheiliges gegen ihn erkannt, sondern derselbe sofort abgewiesen, allenfalls aber ihm dessen übergebene Supplik abschriftlich mitgetheilt werden möchte. Beym Reichshofrath sind zwar dergleichen Präoccupationsmemorialien bey Strafe der Retradition verboten 5), beym R. C. G. hingegen werden solche angenommen 6).

1) l. c. p. 76. II.) Quoties sagt er, implorans ex iure speciali agens, probat ius suum, probat quoque, nullam contra illud locum habere exceptionem, & probat demum, imploratum tamen offendere ius illud, toties iudicia imperii recte decernunt Mandatum S. C. & *eo rectius* quidem, quo magis simul accedit, *unum alterumue momentum ex quatuor casibus* in legibus expresse nominatis.

2) l. c. §. 455. Quodsi itaque apparet, narrata — — etsi probata essent, factum nullo iure iustificabile *non subesse*, *neque* periculum morae, damni irreparabi-

rabilis vel perniciei Reipublicae *concurrere, supplicans statim a limite Iudicii repellendus, vetitumque Mandatum S. C. pure denegandum est.* R. Visit. Absch. von 1713. §. 9. cf. CRAMERS wezl. Nebenst. P. CXI. n. 8. 9. §. 19. wo dieses durch ein Exempel erläutert wird. Daselbst heißt es: Wann nun hiedurch die Mandata S. C. auf die P. II. Tit. 23. specificirte vier Fälle ganz und allein restringiret, das Landesherrliche Ius dispensandi an sich selbsten aber weder in gemeinen Rechten noch sonsten von Rechts- und Gewohnheits wegen verboten, noch durch das, daß solches dem Magistrat niedergeleget, denselben ein damnum irreparabile zugefügt, noch dessen Aufhebung wider den gemeinen Nutzen läuft, noch endlich ein periculum in mora und Verzug leidender Fall vorhanden; so ergebe sich von selbsten, daß auch ex hoc capite Iurisdictio cameralis unmöglich gegründet.

3) Und dies, glaube ich, soll durch die Worte: in solchen und sonst andern Fällen ꝛc. und andern in der C. G. O. und Reichsverfassungen enthaltenen Fällen, verstanden werden.

4) Im Conc. C. G. O. l. c. §. 3. und N. R. A. §. 105. wird nur überhaupt geordnet, daß die Mandate nicht leichtlich ohne vorher erforderten Bericht erlassen werden sollen. In der N. Wahlcapit. Kays. Josephs II. art. 19. §. 7. hingegen wird es bey Strafe der Nichtigkeit geboten: „Dannoch ehe und bevor die Mandata ergehen, die beklagte Obrigkeit mit ihrem Bericht und Gegen-Nothdurft zuvorderst vernehmen, gestalten bey dessen Hinterbleibung ihnen verstattet und zugelassen seyn soll, solchen Mandatis keine Parition zu leisten.„

5) Siehe R. H. R. gemeinen Bescheid vom 7. Febr. 1756. §. 9. bey PUTTER l. c. in Adj. Nr. 4. p. 347. seq.

6) Jedoch nicht geradezu pro denegandis processibus, sondern nur per indirectum, da der andere eine Supplik pro documento denegatorum processuum übergiebt. de CRAMER l. c. §. 457.

§. 119.

Nachdem ich nunmehr die Fälle angezeigt, worinn die Austräge nicht statt haben; so muß ich zum Schluß noch einige der gewöhnlichsten Kunstgriffe der Advocaten anführen, um mit Uebergehung der Austrägalinstanz die Sache gleich bey den höchsten Reichsgerichten anzubringen.

§. 120.

Als eine Hauptcautel wird hier gemeiniglich empfohlen, darauf zu sehen, ob nicht mehrere Personen zu Beklagten gemacht werden können, welche entweder verschiedene Austräge haben, oder von denen der eine mittel = der andere aber unmittelbar ist, weil alsdann ob continentiam causae die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte fundiret ist. Man belangt zu dem Ende das Dom = Capitel zugleich mit dem Bischof, den Landesherrn mit seiner Regierung, oder Justitzcanzleyen, und Unterthanen oder sonst einen Unmittelbaren mit einem andern Mittelbaren als zwey verschiedene intereßirende Theile; oder man bemühet sich zu zeigen, daß die an die Reichsgerichte zubringende Sache mit der daselbst anhängigen oder bereits entschiedenen Sache in der genauesten Verbindung stehe, und also ob connexitatem causarum selbige vor die Reichsgerichte gehöre. Darum bekümmert man sich nicht, ob hier eine würkliche continentia causae oder connexitas causarum vorhanden sey. Man hat die Absicht der Austrägalinstanz auszuweichen, und nun wird die Sache so

lan-

lange gedrehet, bis es doch einigen Anschein gewinnt, als wenn darinn die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte fundiret wäre. Allein so sehr viele Mühe es auch immer dem Schriftsteller gekostet haben mag, der Sache eine solche Wendung zu geben; so wird doch bey den Reichsgerichten damit nichts ausgerichtet. Es versteht sich, daß ich hier nur von dem Fall rede, wo eigentlich keine wahre, würkliche Continentia causae existiret. Denn daß sonst in dem Fall, wenn man mit mehreren Beklagten zu thun hat, welche nicht einen sondern verschiedene Richter haben, die Klage gleich bey den allen gemeinschaftlichen obersten Richtern angestellet werden könne, und müsse, habe ich schon oben angeführet (§. 114.) und ist in den Reichsgesetzen 1) gegründet. Es sagen aber auch dieselbigen Gesetze 2) „daß, wann die Diener oder Unterthanen für sich selbsten mit der Sache nichts zu schaffen, und allein zu derselbigen als bloße Ministri gebraucht, auch ex facto suo sie nicht, sondern ihr Herr dem Kläger obligirt, und condemnirt werden möchte, auch der Herr die Diener oder Unterthanen selbst vertreten wolte, und könnte, auf welchen Fall allein auf den Principalen zu sehen, nach Ordnung der Austräge, die Herrn denselben nicht, sondern die Unterthanen und Diener diesfalls ihme zu folgen schuldig seyn sollen.„ Und in den mehresten Fällen verhält es sich gewiß also, daß die Diener und Unterthanen für sich selbst

mit

mit der Sache nichts zu schaffen haben, sondern nur bloß als Ministri gebraucht sind, daher auch größtentheils die Sache an die Austräge verwiesen, und bey den höchsten Reichsgerichten nicht angenommen wird. Es sey mir erlaubt, dies mit einem Beyspiel in Sachen des Fürsten und Capitels zu Corvey gegen den Fürsten und das Domcapitul zu Paderborn zu erläutern 3): Der Fürst und das Capitel zu Corvey hatte im Jahr 1378. das halbe Schloß, Stadt, und Amt Beverungen an den Fürsten und das Domcapitel zu Paderborn versetzt. Als man Corveyischer Seits im Jahr 1755. solches wieder einlösen, von Seiten Paderborn sich aber nicht dazu verstehen wolte; so ward am Cammergericht wider den dermaligen Bischofen zu Paderborn und dessen Domcapitel geklaget, und ex continentia causae die Iurisdiction fundiret, auch ex hoc capite im Jahr 1765. die gebetene Ladung erkannt. Allein wie der Bischof zu Paderborn unterm 24. Septemb. 1766. dagegen vorstellete, daß aus dem Versatzbrief von 1378. nicht erhelle, daß das Domcapitel Persona principaliter contrahens gewesen, indem ein Domcapitel dadurch kein mitcontrahirender Haupttheil werde, wenn ein Bischof mit dessen Vorwissen und Bewilligung Handlungen unternimmt, oder Verträge errichtet, und daß also der Gerichtsstand des Reichscammergerichts nicht begründet sey, sondern die Sache vor die Austräge gehöre, weil ohnedem der Bischof auf Ansuchen des Capitels die Sache allein übernehmen und ausmachen wolte; so erfolgte am 23. Jun.

1767.

1767. die Urtel, daß diese Sache an die Austräge verwiesen wurde. Ohne mich in die Entscheidung dieses Rechtshandels einzulassen, ob sie anders lauten können oder müssen, erhellet doch hieraus so viel, daß die Reichsgerichte, darauf nicht achten, wenn der Advocat eine continentiam causae noch so künstlich und wahrscheinlich vorstellet, wenn solche nicht würklich vorhanden ist.

1) R. D. A. 1600. §. 24. Gleichermassen, wann einer so vermög der Reichsordnung für die Austräge gehörte, mit andern seinen Unterthanen und Dienern zu beklagen, sollen die Austräge nicht statt haben, sondern soll Unser Kayserliches Cammergericht, als das höchste Gericht ob CONTINENTIAM CAUSAE darunter anzulangen seyn.

2) R. D. A. l. c. Concept. C. G. O. P. II. T. IX. §. 1.

3) Ich nehme diesen Fall aus des verdienten Corveyischen Hrn. Geh. Raths IOHANN HEINRICH FRECH Gedanken von den Austrägen §. 12. wobey ich jedoch anzuzeigen nicht unterlassen kann, daß derselbe zugleich §. 46. anführet, daß in Sachen Corvey wider Chur-Cölln in einem ähnlichen Fall im Jahr 1765. die Austräge wegen des *ex proprio facto & contractu principaliter* mitbeklagten Domkapitels zu Cölln als unstatthaft verworfen worden. cf. de CRAMER in syst. proc. imp. §. 236. Neue causae continentia diuidatur, plures litis consortes, quorum non omnium idem forum est coram iudice superiore, omnibusque communi conueniendi sunt. L. I. §. 1. L. 2. D. de quib. reb. ad eund iud. — — — Similiterque 3) si conueniatur cum Principe alius inferior, *nisi inferior & princeps ceu vna persona considerari queant, vel Princeps inferiorem defendere velit & possit*, (EIVSD. Obs. 132.) fundata est supremorum imperii Tribunalium Iurisdictio. IO. CHRIST. ERIC. SPRINGER de causae continentia Germanica etc. cap. XVI. IO. HENR. FRECH meditat. de foro Austraegali in consortio prin-

princip.: eccles. cum suo capitulo exulante Huxar 1771. 4.

§. 121.

Ein eben so gewöhnlicher, obgleich eben so unglücklicher Kunstgrif, die Austräge vorbeyzugehen, ist der, daß man gleich von einem jeglichen Rescripte des Landesherrn an die höchsten Reichsgerichte appelliret. Wer sieht aber nicht sogleich das Unschickliche einer solchen Appellation? Diese kann unmöglich statt finden, wo nicht ein richterliches Verfahren vorhergegangen, und Kläger und Beklagte vorhanden sind. Denn selbst bey den nach dem Canonischen Rechte 1) zu gelassenen Appellationen von aussergerichtlichen Handlungen, welche jedoch sowol in dem Tridentinischen Concilium 2), als auch hin und wieder unter den Protestanten durch besondere Rechte sehr eingeschränkt sind, und von keinem bloßen Interlocut 2) verstattet werden, wann dasselbe keine unersetzliche Beschwerde enthält 3), wird allemal vorausgesetzt, daß der Richter ohne gehörig angestellter Untersuchung procediret und dadurch einen oder andern der streitenden Partheyen graviret habe. Ist die Beschwerde nicht vom Richter sondern von der Parthey, nemlich von dem Gegner selbsten dem andern zugefüget, ist niemand Kläger und Beklagter, und gar keine gerichtliche Untersuchung gewesen 3); so findet auch keine Appellation an den Oberrichter, sondern eine bloße Beschwerdfüh-

rung

rung (simplex querela) beym ordentlichen Unterrichter der ersten Instanz statt 4). Hieraus folgt also unmittelbar, daß, wenn ein Reichsstand als Landesherr, oder auch als Parthey, und nicht als Richter etwas verordnet oder befiehlt, von einem solchen Befehl oder Rescript nicht an die Reichsgerichte appelliret werden könne, sondern daß diese Sache vor die Austräge gehöre, und dahin verwiesen werden müsse 5). Dennoch aber ist nichts häufiger, als dergleichen sogenannte Extrajudicial-Appellationen, ohne daß sich begreifen läßt, was der anmaßliche Appellant sich für einen Nutzen zu versprechen hoffen darf. Bekanntlich werden solche ohne vorherige Untersuchung erlassene blosse Rescripte nie rechtskräftig, mithin würde ihm gewiß besser gerathen seyn, wenn er ein solches Rescript geruhig bey sich niederlegte, und sich dadurch im Besitz und der Ausübung seines vermeintlichen Rechts erhielte. Will er aber ja klagen, so muß dies alsdann bey den Austrägen, und nicht bey den höchsten Reichsgerichten angebracht werden 6). Es ward dieser Fall umständlich erörtert, in Sachen Bürgermeister und Rath der Stadt Rostock gegen die Herzoglich Mecklenburgische Regierung zu Schwerin das Ius dispensandi in matrimonialibus betreffend. Denn als der Durchl. Herr Herzog zu Mecklenburg erfuhr, daß der Rostockische Magistrat sich das Dispensationsrecht in Ehesachen anmaßte, erliessen höchst Dieselben unterm 6. Febr. 1751. als Landesherr einen Befehl an den

Ma-

Magistrat; den Grund zu dieser Anmassung binnen drey Wochen unterthänigst anzuzeigen. Dieser rechtfertigte sich zwar, und glaubte, daß ihm diese Befugniß vermöge der ihm käuflich überlassenen Iurisdictionis omnimodae zustünde. Allein der Herr Herzog hielten seine Gründe für unstatthaft, und untersagten demselben unterm 18. May. 1753. alle künftige Eingriffe in das Landesherrliche Ius dispensandi. Ob nun gleich der Magistrat hievon sofort an das Kayserliche und Reichscammergericht appellirte, so erfolgte doch, wie es auch nicht anders seyn konnte, am 29. Nov. 1762. die Urtel: Daß die in actis angezogene Hauptsache vor des Heil. Römischen Reichs Austräge gehörig und dahin zu verweisen sey 7).

1) c. 12. x. appellat. c. 1. 3. eod. in 6. Clem. 5. eod.

2) CONCIL TRID. Sess. 24. cap. XX. de reformat.

3) IO. TOB. REINHARTH in obs. ad CHRISTINAEI decis. Vol. I. obs. 18. & 22. IVST. HENN. BOEHMER Ius eccles. Protest L. II. Tit. XXVIII. §. 9.

4) c. 4. x. de appellat. cf. LYNCKER de grauam. extraiud.

5) von CRAMER in den wezlarschen Nebenstunden P. CXI. n. 9. Von dem bey den Austrägen wohl zu beobachtenden Unterschied, ob ein Landesherr als Richter oder als Landesherr anzusehen ist?

6) von CRAMER l. c. §. 17. Ponamus ein benachbarter Reichsstand findet, daß sein ebenmäßig Ständischer Nachbar ihm in gewißen Iuribus z. E. der Jagd zu nahe trete. Ponamus Erster läßt ein Beschwerungsschreiben an den 2. ergehen, wobey derselbe zu erkennen giebt, daß er wissen möchte, wie er zu dergleichen Anmassungen käme. Ponamus dieser deduciret seine Rech-

te,

te, der erstere aber findet solche nicht gegründet, und schreibet letzterm zurück, er möchte sich dergleichen fürter enthalten. Kann der zweyte vtut in possessione vel quasi constitutus, propter hanc prohibitionem vtut turbatiuam alsbald denn ad superiorem vel media appellatione, vel medio mandato, praeteritis Austraegis prouociren? Man setze, dieser nemliche Fall ereignete sich zwischen einem Fürsten und Landsäßigen Cavalier. Der Fürst will wissen, wie dieser dazu komme, auf hoch Wildpret zu jagen. Der Landsaß antwortet und deduciret seine Gerechtsame, der Fürst verwirft solche lediglich, und verbietet in der Rückantwort nicht mehr zu jagen, der Landsaß repliciret weiter nicht, fähret aber dannoch fort zu jagen, der Fürst wiederholet sein Verbot, der Landsaß appelliret, decretum a quo fuisse inhaesiuum, a quo dum appellatum non fuisset, tanquam a re iudicata appellare non liceret. Wird nicht der Landsaß, und das mit Fug, antworten, daß ein *absque plenaria causae cognitione & extra Iudicium* ertheilter Befehl VIM SENTENTIAE niemalen an sich nehmen möge, und wird hierauf der Fürst nicht mit besserm Fug regeriren, daß also das 2. Decret eben so wenig appellabel sey, sondern vorhero er super austraegis requiriret werden müsse.

7) von CRAMER l. c. §. 23.

§. 122.

Zuweilen sieht man indessen selbst ein, daß man mit dergleichen Appellationen nicht weit kommen werde. Der erfindungsreiche Advocat will aber doch gerne den Austrägen ausweichen, und verfällt daher auf den sonderbaren Gedanken, den Fürsten zu zwingen, daß Er klagen solle, wie es in vorgedachter Sache von Seiten des Rostockschen Magistrats behauptet ward 1), oder man nimmt auch seine Zuflucht zu den vier Fällen, worinn Mandate

ohne Clausel erlassen werden können, (§. 116.) Und nun wird, so gut, als es nur immer möglich ist, demonstriret, daß das Verfahren des Gegners ein factum nullo iure iustificabile sey, wodurch dem Imploranten ein unersetzlicher Schade zugefügt würde, und des ganzen Heil. Reichs Wohlfart litte, auch grosser Nachtheil beym Verzuge zu befürchten sey. Dies ist etwas so gewöhnliches, daß heutiges Tages selten eine Schrift bey den Reichsgerichten übergeben wird, worinn nicht der Versuch gemacht worden, die Sache auf den Landfriedensbruch, oder auf die sogenannten vier Fälle zu qualificiren.

1) von CRAMER l. c. §. 16. — — Dagegen nichts vermag, daß derselbe (Magistratus) in possessione immemoriali sich befinde, indem ein jeder, dessen Recht noch so vollkommen und klar ist, gleichwol nicht umhin kann, den Richter zu suchen, parte-que actoris zu vertreten, und actionem oder Ius suum in iudicio zu persequiren, sobald er sich nicht selbst Recht zu schaffen, oder von selbsten zu manuteniren vermag.

Zusätze.

ad §. 67.

Daß auch würklich auf die Religionsgleichheit bey vorkommenden Fällen gesehen werde, davon zeuget die Austrägalsache zwischen Maynz und Hessen-Darmstadt, die Einlösung der Herrschaft Itter betreffend. Der Streit betraf einen catholischen und einen evangelischen Fürsten, und die Austräge waren auch von beyden Religionsverwandten. Evangelischer Seits war der Herzog von Sach-

sen-

sen Gotha, und catholischer Seits der Bischof von Speyer erwählet. Gotha hatte hiezu den verstorbenen Herrn Geheimen Regier. Rath **Rudlof** und den Herrn Legationsrath **Hof**; **Speyer** aber den nachherigen Visitations Subdelegirten, und jetzigen Eichstädtischen Comitialgesandten Herrn von **Heymb** subdelegiret. Die Commißion ist zu Frankfurt am Mayn eröfnet worden, wie lange sie aber gedauret, weiß ich nicht.

ad §. 75.

In der eben gedachten Sache waren die beyderseitige Austräge bey der Entscheidung verschiedener Meinung. Es wurden daher die Acten zum Spruch an die Juristenfacultät nach Göttingen verschickt. Und da die Urtel für Chur-Maynz ausfiel; so ist von Hessen-Darmstadt im Jahr 1767. an den Reichshofrath appelliret worden, allwo die Sache noch anhängig seyn soll.

Beylage No. I.

(aus **Müllers** Reichstagstheat. **Friedr. V.** Vorst. 1. S. 97.)

Absagebrief

eines Kochs mit seinen Küch-Jungen, Holzträgern, und Schüßelwäschern an Graf Otten von Solms.

Wyßet Walgeborn Jungher, Jungher Ott, Grave zu Solms, daz ich, Hennz Koche, mit my-

mynen Kochen Knaben, Fehemeden, und allen mynen Brot-Gesynne, nemlich Cleßgin und Henchin, Kochenknaben, und Elßgin und Lückel, Fehemeden, mit unsern Helffern, es syen Metzeler, Holzdreyer oder Schoßeln-Wescherßen, uwer, des uweren, uwer Lande, Lüte, und sonderlich uwers Vehs, fient sin wollen, um unsers gnädigen Jongher, Gottfrieds von Eppenstein, Herrn zu Münzenberg willen, und sonderlich der Ursach halben, als ich Hennz Koche uwer Hemel einstechen wolte, sin ich mich darůber in ein Bein gestochen, und auch, daz ich mit mynen Anhang fůr dieser Zyt, als wir uns zu dieser Vehede geschickt, vil Arbeit gehabt han, und obe Gott will noch zu vilmaln thund werden. Und ob ir, oder uwer Vehe des einicher Schaden, es were mit Süden oder Braten nemene wurdt, wollen wir unsere Ehre an uch hiermit genugsam verwart hain, und scheiden doch in dieser Vehde uß Hermand Kochen und sin Mitgesellen in der Kochen. Datum unter myn Lückeln, der Fehemede, koßelichen Innsiegel, des wir anderen uns in der Kochen zu gemeiner Nottarf gepruchen. Am Mittwochend nach Andree, anno millesimo quadringentesimo septuagesimo septima.

Bayerische Staatsbibliothek München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Prehn, Johann Jacob,

Von den Austrägen insbesondere von dem einem Kläger geringern Standes vortheilhaftesten Wege einen Fürsten zu belangen

Halle 1779

J.publ.g. 593 in
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10560763-6
VD18 14710986-001